



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer

Notermans, M.E.

Citation

Notermans, M. E. (2016, March 24). *Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/38607>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/38607>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/38607> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Notermans, Mathijs

Title: Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer

Issue Date: 2016-03-24



Mathijs Notermans

Recht en vrede bij Hans Kelsen

Een herwaardering van Kelsens
rechtsfilosofie: juridisch pacifisme als
stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere
Rechtsleer

Hans Kelsen staat in de wereld van de rechtsfilosofie bekend als één van de belangrijkste rechtsgeleerden van de 20ste eeuw en zijn belangrijkste werk dat hem die bekendheid heeft opgeleverd, de *Reine Rechtslehre*, is dan ook ‘wereldberoemd’. Minder bekendheid geniet hij als juridisch pacifist en zijn voornaamste geschriften over recht en vrede, zoals *Peace through Law*, worden nauwelijks bestudeerd en amper in verband gebracht met zijn Zuivere Rechtsleer. Ook in de recentere Kelsen-studies over zijn democratietheorie, die meer bekendheid hebben gegeven aan Kelsen als pleitbezorger van democratie en die zijn politieke werk zelfs in het licht hebben beschouwd van de Zuivere Rechtsleer, ontbreekt nagenoeg een systematische of kritische behandeling van de waarde van vrede, terwijl zowel Kelsens rechtsleer als zijn democratietheorie daartoe op zijn minst aanleiding geeft. Terwijl in andere Kelsen-studies de relatie tussen de begrippen recht en democratie bij Kelsen reeds is gelegd, concentreert deze studie zich op de bij hem nauw gerelateerde concepten van recht en vrede. Met deze nieuwe benadering hoopt dit proefschrift bij te dragen aan een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie door aan te tonen dat men het ondergewaardeerde doch wezenlijke aspect van zijn juridisch pacifisme als stilzwijgende, *ethische* betekenis van de Zuivere Rechtsleer kan begrijpen.

Mathijs Notermans is werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau (strafsector) van de Hoge Raad der Nederlanden te ‘s-Gravenhage.

Recht en vrede bij Hans Kelsen

De totstandkoming van dit proefschrift werd financieel begunstigd door het Leids Universiteits Fonds / Van Haersolte Fonds en de Stichting Thomas More

Vertaling summary: Academisch Talencentrum, Universiteit Leiden

Vertaling résumé: mijn ouders, Eugène en Marie-Jeanne Notermans

Afbeelding omslag: Andrew O'Connor, "Vrede door Recht", geschonken door de Verenigde Staten van Amerika aan het Vredespaleis te 's-Gravenhage. Foto door Hope Elizabeth May

Ontwerp binnenwerk: Crius Group, Hulshout

© M.E. Notermans, 's-Gravenhage 2016

Recht en vrede bij Hans Kelsen

*Een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie:
juridisch pacifisme als stilzwijgende
betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer*

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 24 maart 2016
klokke 15.00 uur

door
Mathijs Eugène Notermans
geboren te 's-Gravenhage
in 1978

Promotores:

Em. prof. dr. E.H.L. Brugmans

Prof. dr. G.C.G.J. van Roermund (Universiteit van Tilburg)

Promotiecommissie:

Prof. dr. T.J.M. Mertens (Radboud Universiteit Nijmegen)

Prof. dr. P.C. Westerman (Rijksuniversiteit Groningen)

Dr. T. Fossen

Prof. dr. N.J. Schrijver

Ter nagedachtenis aan mijn zus Judith

Voor mijn kinderen, Caspar en Carmen

Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts. Des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen.

Als Theorie will sie ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, p. 1.

Law is, essentially, an order for the promotion of peace. Its purpose is to assure the peaceful living together of a group of individuals in such a way that they settle their inevitable conflicts in a peaceful manner; that is, without the use of force, in conformity with an order valid for all. This order is the law.

Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, 1942, p. 1.

Voorwoord

Dit proefschrift is geen 'klassieke' rechtsfilosofische verhandeling in boekvorm geworden. Dat was wel de bedoeling toen ik in 2007 als junior docent aan de Radboud Universiteit Nijmegen begon aan mijn promotieonderzoek. Na anderhalf jaar onderwijs te hebben gegeven en mijn eerste artikel over Kelsen te hebben geschreven, ben ik overgestapt naar de rechtspraktijk, maar dan wel – met nog één been in de wetenschap – naar het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad. Toen ik daar eenmaal voldoende was ingewerkt, heb ik in 2009 mijn onderzoek weer opgepakt, niet als 'klassieke' promovendus maar als buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden. Aangezien ik het onderzoek naast mijn baan moest voortzetten, heb ik uiteindelijk gekozen voor een proefschrift in artikelvorm. Zoals misschien wel elk promotieonderzoek, kende dat van mij hoogtepunten – publicatie van nog drie artikelen, deelname aan Kelsen-congressen te Oxford en Wenen en een *expert*-seminar te Nijmegen, inspiraties in de bibliotheek van het Vredespaleis – maar ook dieptepunten. Op deze laatste momenten zag ik het soms niet meer zitten en heb ik weleens op het punt gestaan te stoppen. Gelukkig heb ik dat nooit gedaan en hoop ik nu ook het hoogste punt te bereiken: de promotie (op artikelen)!

Hoewel het beklimmen van deze berg(top) vaak een solitaire beproeving was, had ik dit toch niet alleen kunnen doen. Daarom past hier een woord van dank. In de eerste plaats voor mijn promotoren, Edith Brugmans en Bert van Roermund, die mij op voortreffelijke én persoonlijke wijze hebben begeleid. Voor de vaksectie rechtsfilosofie van de Nijmeegse rechtenfaculteit, vooral Thomas Mertens en Ronald Tinnevelt die nog commentaar hebben geleverd op mijn eerste artikel en Robert Jan Witpaard die mij heeft uitgenodigd voor het *expert*-seminar. Voor de strafsectie van de Hoge Raad, met name mijn leidinggevendenden die belangstelling hebben getoond en mij driemaal in het zomerreces een dissertatie-verlof hebben gegund. Voor de collega's van de strafsectie van het WB die eveneens hun interesse toonden en mijn afwezigheid in drie zomers moesten opvangen. Voor alle familie en vrienden die mij moreel hebben gesteund en aangemoedigd. Voor mijn paranimfen, Joep Meelkop en Guillaume Lemaire, die mij ook op het *moment suprême* willen bijstaan. Voor mijn ouders en broer Thomas die er altijd voor mij waren, ook als het soms bergafwaarts ging. Niet in de laatste plaats voor mijn vrouw, Bregje, die vol liefde en vertrouwen zich nooit afvroeg óf ik die bergtop wel zou bereiken maar vooral wanneer... Veel dank, jullie allen!

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
1. Inleiding	11
1.1. Introductie en probleemstelling	11
1.2. Methodologie en verantwoording	15
1.3. Biografie en bibliografie van Hans Kelsen	19
1.4. Samenhang en opzet	23
2. Rechtvaardigheid en vrede	29
De idee van rechtvaardigheid van gedaante verwisseld	
2.1. Inleiding: Kelsen en Wittgenstein	29
2.2. Vragen en antwoorden	33
2.3. Absolutisme en relativisme	38
2.4. Natuurrecht en positief recht	41
2.5. Rechtvaardigheid en rechtmatigheid	44
2.6. Conclusie: recht(matigheid) en vrede	49
3. Rechtspraak en vrede	53
Sociale vrede als Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid	
3.1. Inleiding	53
3.2. Spreken en zwijgen	54
3.3. Geweten en verantwoordelijkheid	59
3.4. Recht(vaardigheid) en vrede	66
3.5. Conclusie	72
4. Supranationale rechtspraak en vrede	73
Het primaat van de rechtspraak in de verzekering van de vrede	
4.1. Inleiding: zuivere kennistheorie of politieke moraal?	73
4.2. Evolueren en centraliseren	79
4.3. Techniek en dynamiek	85
4.4. Objectiviteit en onpartijdigheid	91
4.5. Conclusie: rechtspraak en vrede	98

5. Supranationale strafrechtspraak en vrede	105
Een internationale strafkamer als permanente uitbouw van het Vredespaleis	
5.1. Inleiding: Kelsen en Dante	105
5.2. Conceptualiseren en construeren	109
5.3. Collectieve en individuele aansprakelijkheid	115
5.4. Onrechtmatige en rechtmatige oorlog	123
5.5. Universele en dwingende jurisdictie	132
5.6. Conclusie: (straf)rechtspraak en vrede	141
6. Rechtsgeldigheid en vrede	155
Social peace as <i>conditio tacita</i> for the validity of the positive legal order	
6.1. Introduction: Is and Ought	155
6.2. Difference and relation between Is and Ought	157
6.3. Basic norm as <i>conditio per quam</i>	162
6.4. Effectiveness as <i>conditio sine qua non</i>	167
6.5. Social peace as <i>conditio tacita</i>	171
6.6. Conclusion: legal validity and social peace	177
7. Samenvattende slotbeschouwing	181
7.1. Samenvatting en conclusies	181
7.2. Slotsom: recht en vrede	185
Summary	197
Résumé	203
Literatuurlijst	209
Curriculum vitae	217

1. Inleiding

1.1. Introductie en probleemstelling

Deze studie gaat over een wezenlijk doch ondergewaardeerd facet van het (rechts)filosofische denken van de Weense rechtsfilosoof Hans Kelsen (1881-1973), namelijk: de vrede ofwel het pacifisme. Dat deze waarde respectievelijk wereldbeschouwing een essentieel aspect vormt van Kelsens gehele oeuvre, wordt door sommigen wel degelijk onderkend, getuige het volgende beeld dat zijn biograaf Olechowski daarvan schetst:

In diesem Sinne bilden Reine Rechtslehre, Demokratielehre und Pazifismus nur drei Seiten ein und desselben Kristalls, für den Kelsen sein Leben lang eingetreten ist. Ihre Gegner waren Imperialismus, Diktatur und metaphysische Rechtslehre, wie gerade in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts immer populärer wurden.¹

Echter, anders dan Kelsens *Reine Rechtslehre* oftewel de Zuivere Rechtsleer,² waarvan de secundaire literatuur vanaf haar eerste ontvangst in de rechtsfilosofische wereld is blijven groeien en tegenwoordig niet meer is te overzien,³ en zijn democratietheorie,⁴ waarover de laatste decennia een aantal belangrijke studies zijn verschenen waarvan sommige ook

¹ Olechowski 2011, pp. 9-10. Vgl. Busch et al. 2011.

² Het hoofdwerk betreft: Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; onder de verkorte titel *Reine Rechtslehre* verschijnt in 1960 een tweede, volledig herziene en uitgebreide editie.

³ Voor een kort overzicht van de Duitstalige secundaire literatuur, zie de *Einführung* van Jestaedt in de door hem in 2008 uitgegeven *Studienausgabe* van de eerste editie van de *Reine Rechtslehre* en wat betreft de Engelstalige secundaire literatuur, zie Appendix III in de door Litschewski-Paulson & Paulson in 2002 uitgegeven Engelse vertaling van voornoemd werk. Wat betreft de receptie van Kelsens rechtsleer in Nederland verwijs ik naar de bijdragen van Klanderman en Van Roermund in Walter et al. (Hg.) 2010. Ten slotte wijs ik nog op de enige twee na de Tweede Wereldoorlog in Nederland verschenen monografische proefschriften over de Zuivere Rechtsleer, te weten: Klanderman 1986 en (zeer recent) Witpaard 2014.

⁴ Het hoofdwerk betreft: Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920; onder dezelfde titel verschijnt in 1929 een tweede, uitgebreide editie.

parallelle trekken tussen deze politieke theorie en zijn rechtstheorie,⁵ is Kelsens pacifisme⁶ weinig tot niet bestudeerd.

In het voorwoord van haar boek *Hans Kelsen and the Case for Democracy*, noemt Baume drie hinderende factoren die verklaren waarom Kelsen als politiek denker, democratietheoreticus én –verdediger lange tijd (en misschien nog steeds) onbekend en ondergewaardeerd is gebleven:

His low notoriety as a political thinker stems first of all from misunderstandings and misinterpretations of his thinking. Second, it reflects the difficulties that a significant portion of his audience has had in reconciling the two sides of his work, his theory of democracy and his theory of law – a difficulty so great that some interpreters have seen an internal contradiction here. Third, the reception of Kelsen's political thought was affected by an unfavourable environment.⁷

De misverstanden over Kelsens politieke denken berust(t)en niet alleen op de aanname dat zijn kennistheoretisch relativisme heeft geleid tot een amorele of apolitieke wereldbeschouwing, maar ook op de verdenking dat zijn formalistisch denken is gevormd ver weg van de realiteit en het feitelijke bestaan. Voorts hadden (en hebben) veel lezers van Kelsens werk moeite met het verenigen van zijn welbekende ‘waarde-neutrale’ Zuivere Rechtsleer enerzijds en zijn politieke theorie, die over het ‘wezen’ en zelfs de ‘waarde’ van democratie gaat, anderzijds. Ten slotte was de natuurrechtelijk georiënteerde omgeving van vóór en na de Tweede Wereldoorlog Kelsen ongunstig gestemd, want hoe kon men zijn opvatting dat het ideaal van rechtvaardigheid irrationeel is en dat rechtvaardigheid daarom geen object van kennis kan zijn in vredesnaam accepteren? Deze negatieve stemming bereikte haar hoogtepunt – zo illustreert Baume – met de volgende bewering van natuurrechtsgeleerde Lon Fuller over Kelsens rechtstheorie, waarmee zijn werk overduidelijk werd verworpen:

I share the opinion of Jerome Hall, evidenced in his excellent *Readings*, that jurisprudence should start with justice. I place this preference not on exhortatory grounds, but on a belief that until one has wrestled with

5 Dreier 1990, Schneider 1996, Herrera 1997, Vinx 2007, Brunkhorst & Voigt (Hg.) 2008 en Ehs (Hg.) 2009.

6 De hoofdwerken betreffen: Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge (MA), 1942 en idem, *Peace through Law*, Chapel Hill, 1944.

7 Baume 2012, p. xvi.

the problem of justice one cannot truly understand the other issues of jurisprudence. Kelsen, for example, excludes justice from his studies (of practical law) because it is an 'irrational ideal' and therefore 'not subject to cognition.' The whole structure of his theory derives from that exclusion. The meaning of his theory can therefore be understood only when we have subjected to critical scrutiny its keystone of negation.⁸

In haar boek schat Baume Kelsens democratietheorie op haar juiste waarde door de heersende misverstanden daarover uit de weg te ruimen en zijn democratietheorie te beschouwen in het licht van en als zijnde verweven met de Zuivere Rechtsleer. Op die manier probeert Baume meer waardering te kweken voor Kelsens pleidooi voor democratie, dat – zoals zij terecht stelt – een groter lezerspubliek onder politieke denkers verdient.⁹

Maar zelfs in Baume's boek, evenals in andere recente studies over Kelsens democratietheorie, die de stereotypen van zijn leer en dan met name het formalistisch reductionisme, het gebrek aan realiteitszin en het amoreel relativisme¹⁰ proberen te ontkrachten, ontbreekt nagenoeg een systematische of kritische behandeling van de waarde van vrede, terwijl het volgende citaat uit Kelsens hoofdwerk over het wezen en de waarde van de democratie daar toch met enig besef van sociale realiteit en complexiteit aan appelleert:

Und wenn es überhaupt eine Form gibt, die die Möglichkeit bietet, diesen gewaltigen Gegensatz [nl. tussen meerderheid en minderheid], den man bedauern, aber nicht leugnen kann, nicht auf blutig-revolutionärem Wege zur Katastrophe zu treiben, sondern friedlich und allmählich auszugleichen, so ist es die Form der parlamentarischen Demokratie, der Ideologie zwar die in der sozialen Realität nicht erreichbare *Freiheit*, der Realität aber der *Friede* ist.¹¹

8 Fuller 1948-1949, p. 496. Fuller deelt tevens de bekende doch betwistbare opvatting van Gustav Radbruch dat het (Duitse) rechtspositivisme, gereduceerd tot de (blinde) geloofsovertuiging 'wet is wet' ('Befehl ist Befehl'), de machtsovername door het Naziregime in Duitsland mogelijk heeft gemaakt. Anders dan Radbruch, verwijst Fuller in zijn bekende debat met Hart daarbij ook expliciet naar Kelsens rechtstheorie, zie Radbruch 1946, pp. 105-108, Fuller 1957-1958, pp. 657-661. Vgl. Mertens 2000, pp. 25-26, Haldemann 2005 en Pauer-Studer 2014.

9 Baume 2012, p. xviii.

10 Zie de *Einführung* van Jestaedt & Lepsius in de door hen in 2006 uitgegeven bundeling van Kelsens belangrijkste verhandelingen over democratie.

11 Kelsen 2006b, p. 204.

Echter, mijn proefschrift gaat niet over Kelsens democratietheorie, alhoewel het leggen van systematische verbanden tussen deze theorie, die naast 'vrijheid' veelvuldig beroep doet op begrippen als 'compromis' en 'tolerantie', en zijn pacifisme de moeite waard zou zijn. In dit proefschrift zal ik Kelsens pacifisme en zijn begrip van vrede, door hem ook wel 'sociale vrede' genoemd, onderzoeken in het licht van zijn Zuivere Rechtsleer 'in ruimere zin', waaronder ik – met Witpaard¹² – versta: (1) de Zuivere Rechtsleer 'in engere zin', (2) de toepassing van deze laatste leer op het volkenrecht, en (3) de aan die leer gerelateerde disciplines, zoals wetenschapsfilosofie, logica en meta-ethiek. Het gaat mij dus om het door velen gestelde problematische, dan wel onopgemerkte, verband tussen Kelsens 'waarde-neutrale' Zuivere Rechtsleer enerzijds en zijn 'waardevolle' begrip van sociale vrede als moreelpolitiek ideaal van het positieve recht anderzijds,¹³ waarbij ik mij ten doel stel dat probleem op te lossen door de betekenis van dit juridisch pacifisme in Kelsens rechtsfilosofische denken conceptueel te verhelderen en op zijn juiste waarde te schatten. Ik zal daarbij gebruik maken van zowel de Zuivere Rechtsleer 'in engere zin', te weten de algemene rechtstheoretische werken waaronder beide edities van de *Reine Rechtslehre*, als de praktische rechtspolitieke werken, in het bijzonder de geschriften met de veelzeggende titels *Law and Peace in International Relations* en *Peace through Law*, als de rechtsfilosofische werken over rechtspositivisme, epistemologie en rechtvaardigheidskritiek, en uiteraard de secundaire literatuur daarover.

Uit een tekstanalyse van deze werken zal blijken, althans dat is mijn hypothese, dat Kelsen weliswaar het onbereikbare en irrationele ideaal van rechtvaardigheid van zijn Zuivere Rechtsleer heeft uitgesloten, maar dat hij het heeft vervangen door de realiseerbare en redelijke(r) waarde van vrede.¹⁴ Met Fuller kan dan ook worden gezegd, dat de betekenis van Kelsens rechtstheorie pas echt kan worden begrepen indien we zijn 'ontkenning'¹⁵ van rechtvaardigheid nauwkeurig hebben onderzocht. Anders dan Fuller suggereerde, zo zal al gauw uit mijn onderzoek blijken, is Kelsen tot deze ontkenning gekomen eerst na een (levenslange) kritische worsteling met het probleem van rechtvaardigheid. En bovendien heeft deze negatie van rechtvaardigheid – de door Fuller genoemde 'hoeksteen' van Kelsens theorie – een ander ideaal opgeleverd dat mogelijk als waardevol(ler) fundament

¹² Witpaard 2014, pp. 8-9.

¹³ Zie onlangs nog in Witpaard 2014, p. 323.

¹⁴ Vgl. Bernstorff 2010, pp. 188-190.

¹⁵ Niet in de zin van 'loochenen' want dat doet Kelsen niet, maar in de sceptische betekenis van 'niet kennen'.

van de rechtstheorie en de rechtspraktijk kan dienen. Met andere woorden: de probleemstelling die ik aan mijn onderzoek ten grondslag leg, is een herformulering van de hiervoor aangehaalde opvatting dat “jurisprudence should start with justice”, namelijk de vraag of op basis van een kritische herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie kan worden geconcludeerd dat de betekenis van de Zuivere Rechtsleer juist daarin is gelegen dat zij begint en eindigt met vrede en, zo ja, wat deze pacifistische grond- en doelstelling van Kelsens rechtstheorie dan betekent voor de praktijk van het recht.

1.2. Methodologie en verantwoording

Het onderzoek zal dus bestaan uit een kritische tekstinterpretatie van de waarde van vrede in Kelsens rechtsfilosofie, waarbij ik zal pogen vol te houden dat het zuiver rechtspositivisme en het juridisch pacifisme verschillende facetten zijn van één en dezelfde relativistische wereldbeschouwing. Dit onderzoek wordt op het eerste gezicht bemoeilijkt door de schijnbare tegenstelling tussen enerzijds de kennistheoretische ‘zuiverheid’ van de *Reine Rechtslehre*, die zichzelf uitdrukkelijk typeert als een ‘zuivere’ kennistheorie van het positieve recht en die zich dient te onthouden van welke moreelpolitieke waardering dan ook, en anderzijds het onmiskenbare waarderrelativisme van datzelfde werk,¹⁶ waarvan de moreelpolitieke implicatie van en voorkeur voor het pacifisme vanwege de ‘zuiverheid’ van de theorie daarin niet expliciet worden uitgesproken,¹⁷ maar daarin wel al liggen besloten en pas tot uitdrukking komen in de meer ‘praktische’¹⁸ werken, zoals in *Peace through Law*. De meeste Kelsen-interpretatoren – een enkeling daargelaten – komen daarom niet verder dan de constatering van een innerlijke tegenstrijdigheid in Kelsens leer en lezen de respectievelijke werken los van elkaar. Maar is er daadwerkelijk sprake van een innerlijke tegenstelling en doet een gescheiden lezing van Kelsens werken niet mogelijk tekort aan de pacifistische betekenis van zijn ‘zuivere’ rechtsleer? Om hierop een antwoord te kunnen krijgen, stel ik een alternatieve interpretatie voor die Kelsens impliciete of stilzwijgende begrip van vrede als moreelpolitieke grondwaarde van het recht in de Zuivere Rechtsleer tracht te expliciteren.

16 Voor de ‘zuiverheid’ zie Kelsen 2002, pp. 7-8 en voor het ‘waarderrelativisme’ zie *ibid.*, pp. 15-19.

17 Vgl. Schneider 1996, waarin de auteur treffend spreekt over “wissenschaftliche Askese”, “manifesten Werterelativismus” en “latente Wertpräferenz” bij Kelsen, maar waarin hij zich vooral concentreert op Kelsens voorkeur voor de waarde van democratie.

18 Niet alleen in de zin van ‘toepassing van de theorie’, maar ook in de Kantiaanse betekenis van ‘ethisch’.

Bij deze interpretatiemethode heb ik mij laten inspireren door de betekenis en het belang van de stilzwijgende veronderstelling in de *Tractatus Logico-Philosophicus*, het bekende werk van een andere Weense filosoof: Ludwig Wittgenstein (1889-1951). Hoewel er – naar mijn weten – slechts twee voetnoten in Kelsens gehele oeuvre te vinden zijn die verwijzen naar de *Tractatus* waarin hij bovendien de positie van Wittgenstein ten aanzien van de betekenisloosheid van behoren-proposities afwijst,¹⁹ is er – naar mijn mening – toch een zekere analogie tussen Kelsens denken en dat van de ‘vroegere’ Wittgenstein.²⁰ Beide filosofen waren in hun tijd immers indirect verbonden met het antimetafysische en logisch-positivistische of –empiristische wetenschapsproject van de *Wiener Kreis*.²¹ De epistemologie en wetenschapsfilosofie van de Zuivere Rechtsleer zijn reeds daarom verwant aan die van de *Tractatus*.²² Maar vooral Wittgensteins notitie²³ dat de in de *Tractatus* uitgesproken tegenstelling tussen datgene wat gezegd kan worden – wetenschappelijke (zijns)proposities – en dat waarover niet kan worden gesproken – ethische (behoren)proposities –²⁴, *ipso facto* een impliciete ethiek of wereldbeschouwing veronderstelt, is voor mijn studie vruchtbaar. De stilzwijgende veronderstelling is immers van groot belang voor de waardering van de zin van de *Tractatus*, zoals Janik en Toulmin opmerken:

Anyone who tries to understand the *Tractatus* is (...) confronted with two contrasting views about the very subject matter of the book. These may be referred to, for convenience, as the ‘ethical’ and the ‘logical’ interpretations. Both views have reputable support. Both explain certain aspects of the *Tractatus*, yet neither suffices as a complete explanation. (...) We shall be arguing here that, in order to understand the book in a way which coincides with Wittgenstein’s own intentions, one must accept the primacy of the ‘ethical’ interpretation.²⁵

19 Het betreffen voetnoot 39 en 62 in Kelsen 1991.

20 Zoals bekend wordt er onderscheid gemaakt tussen de ‘vroegere’ Wittgenstein van m.n. de *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) en de ‘latere’ Wittgenstein van o.a. de *Philosophical Investigations* (1953).

21 Voor Kelsens contact met modernistische Weense bewegingen waaronder de *Wiener Kreis*, zie Jabloner 1998.

22 Zie Hack 2003.

23 Wittgenstein 2000, p. 51, brief (nr. 56) aan Ludwig von Ficker (oktober/november 1919).

24 Deze tegenstelling mondt uit in de beroemde laatste stelling van de *Tractatus*: “What we cannot speak about we must pass over in silence.” (Wittgenstein 1961, stelling 7). Hetgeen te verzwijgen is, wordt met deze stelling echter reeds gesuggereerd.

25 Janik & Toulmin 1996, p. 25.

Volgens deze auteurs is een noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen begrijpen van de *Tractatus* een begrip van het onderscheid tussen de ‘filosofie’ die deze expliciet bevat – de logica – en de ‘wereldbeschouwing’ die Wittgenstein daarin impliciet uiteenzet – de ethiek. Alleen met behulp van dit begrip is het volgens hen mogelijk de ‘logische’ en de ‘ethische’ aspecten van Wittgensteins ideeën te verenigen en de zin van de *Tractatus* (mede of primair) als ethisch te duiden.²⁶ Aldus biedt hun studie een alternatieve interpretatie voor het begrip van de *Tractatus*. Welnu, op soortgelijke wijze is Kelsens pacifisme mijns inziens de impliciete ethiek of wereldbeschouwing die een belangrijke sleutel kan zijn voor het begrip van de Zuivere Rechtsleer. In mijn onderzoek beoog ik vanuit deze invalshoek een interpretatie van de Zuivere Rechtsleer te ontwikkelen. Voor alle duidelijkheid benadruk ik hier dat het mij dus niet gaat om een sterke, inhoudelijke vergelijking tussen Wittgenstein en Kelsen; het gaat mij slechts heuristisch om de overeenkomst die bestaat tussen de wijze waarop men de *Tractatus* kan begrijpen en de manier waarop men de Zuivere Rechtsleer zou kunnen interpreteren.

Behalve de latere bewijzen die ik voor de alternatieve interpretatie van de Zuivere Rechtsleer in de volgende hoofdstukken zal vergaren, noem ik nu twee directe redenen die zulk een tekstinterpretatie volgens mij rechtvaardigen. In de eerste plaats heeft Kelsen zelf, onder meer in *Staatsform und Weltanschauung*,²⁷ het idee ontvouwd dat aan de twee conflicterende grondtheorieën van de ‘staatsvorm’ ofwel (gelet op zijn gelijkstelling van staat en recht) de ‘rechtsorde’, te weten de democratische en autocratische, twee tegengestelde ‘wereldbeschouwingen’ ten grondslag liggen, welke tegenstelling voortvloeit uit hun respectievelijke verhouding tot het absolute. Want dat is de beslissende kwestie, aldus Kelsen:

Der zutiefst im Gefühl wurzelnde Glaube an das Absolute schafft die Voraussetzung für eine metaphysische Weltanschauung. Die aus dem Verstande entspringende Negation dieser Voraussetzung, die Meinung, dass es nur relative Werte und daher nur relative Wahrheiten gibt und sohin jeder Wert und jede Wahrheit (...) allzeit bereit sein muss abzutreten und anderen Platz zu machen, führt zu einer Weltanschauung des Kritizismus, Positivismus und Empirismus, sofern man darunter jene Richtung der Philosophie und Wissenschaft versteht, die vom positiven,

26 *Ibid.*, pp. 167-201, p. 195. Overigens wordt Kelsen in deze studie over het ‘Wenen van Wittgenstein’ ook een aantal keren bij name genoemd, nl. op pp. 15, 133 en 241.

27 Zie ook Kelsen 1928.

d.h. vom Gegebenen, sinnlich und verstandesmassig Erfassbaren, von der wandelbaren und stets sich wandelnden Erfahrung ausgeht, und sohin die Annahme eines dieses Erfahrung transzendierenden Absoluten ablehnt.²⁸

Naar Kelsens idee correspondeert de tegenstelling van ‘wereldbeschouwingen’, inclusief hun kennistheoretische en moreelpolitieke verhoudingen tot het absolute (waarheid en waarde), zo innig met de beide staatsrechtelijke grondstellingen, dat de metafysische en absolutistische wereldbeschouwing nauw aansluit bij de autocratische rechtsorde en de kritische en relativistische wereldvisie sterk past bij de democratische. Wat de democratie betreft, maakt Kelsen in voornoemd werk kenbaar dat dit ‘objectivistische’ type houding van mens of staat niet alleen meer geneigd is naar het rechtspositivisme (dan naar de natuurrechtsleer), dus naar een zuiver wetenschappelijk (i.p.v. ideologisch) begrip van het recht, maar ook dat dit ‘vredelevende’ type zowel intern (t.o.v. andere mensen) als extern (t.o.v. andere staten) een besliste voorkeur heeft voor het ideaal van pacifisme.²⁹ Uitgaande van dit door Kelsen zelf ontvouwde idee van de correspondentie tussen rechtstheorieën en ‘wereldbeschouwingen’, is het volgens mij mogelijk de tegenstelling tussen Kelsens zuiver rechtspositivisme en juridisch pacifisme op te heffen,³⁰ en kan door een explicitering van zijn kennelijk pacifistische *Weltanschauung*, de impliciete betekenis van de Zuivere Rechtsleer nader worden geduid.

In de tweede plaats wordt een alternatieve interpretatie mogelijk gemaakt door een grondige tekstanalyse van Kelsens begrip van ‘vrede-door-recht’ in de praktische toepassing van zijn zuivere rechtstheorie op het volkenrecht, in welke rechtspolitieke werken de in de Zuivere Rechtsleer nog impliciet gebleven doelstelling van het pacifisme immers duidelijker wordt uitgesproken en uiteengezet. Want hét einddoel van het pacifisme is, aldus Kelsen en wederom in *Staatsform und Weltanschauung*, de definitieve vestiging van de wereldvrede door middel van een wereldrechtsorde met alle democratische trekken, om precies te zijn:

28 Kelsen 1968, p. 1938.

29 *Ibid.*, pp. 1928, 1931, 1935-1938.

30 Vgl. Dreier 1990, pp. 298-299, waar de auteur m.b.t. de democratietheorie het samenvattend als volgt stelt: “Kelsens Demokratietheorie gehört dem gleichen [nl. relativistische] Welt- und Wertanschauungstypus an wie seine Rechtslehre. Die Demokratie ist die der Reinen Rechtslehre adäquate Staatsform.”

eine Gemeinschaft gleichberechtigter Staaten unter einer zwischen ihnen vereinbarten streitlichtenden Instanz, womöglich einem Weltgericht, als dem ersten Ansatz der Entwicklung zu einem Weltstaat.³¹

Ook wat dit doel betreft, heeft Kelsen in zijn werk – zoals in het vervolg duidelijk zal worden – blijk gegeven van enig realiteitsbesef, aangezien volgens hem het ideaal van ‘eeuwige vrede’, dat in het verschiet ligt van een in de sociale werkelijkheid onbereikbare ‘universele staat’, voorlopig alleen kan worden gerealiseerd door middel van een ‘wereldgerechtshof’. En juist met behulp van dit idee, dat objectieve en onpartijdige *rechtspraak* dé basis vormt van elke rechtsorde,³² kan een verband worden gelegd tussen het expliciet ‘universalistische’ en ‘objectivistische’ karakter van de Zuivere Rechtsleer en haar stilzwijgende doelstelling.³³ In dit proefschrift zal ik daarom bijzondere aandacht besteden aan Kelsens begrip van de rechtspraak als hét (bij zijn leer) passende middel om het doel van vrede te bereiken. Ook op deze wijze hoop ik de ‘diepste zin’³⁴ van de Zuivere Rechtsleer expliciet te kunnen maken.

1.3. Biografie en bibliografie van Hans Kelsen

Voordat ik in de volgende paragraaf de inhoudelijke samenhang en opzet van het onderzoek zal uiteenzetten, wil ik in deze paragraaf een kort en zakelijk overzicht geven van Kelsens leven en werken³⁵ waarbij ik me vooral beperk tot de biografische en bibliografische gegevens die inzicht (kunnen)

31 Kelsen 1968, p. 1935.

32 Dus óók de universele rechtsorde, zie Kelsen 1935, p. 22.

33 Voor de ‘universalistische’ en ‘objectivistische’ karakterisering, zie Kelsen 2002, pp. 52-53 en 124-125.

34 Vlg. Marcic 1966, pp. 82-84, is de ‘diepste zin’ van de Zuivere Rechtsleer het bewaren van ‘de wereldvrede’ d.m.v. ‘internationale rechtspraak’. De vraag is of zij niet ten diepste is gericht op ‘vrede-door-recht’ tout court.

35 Voor een uitgebreider en gedetailleerder overzicht, zie o.a. de autobiografische werken *Selbstdarstellung* (1927) en *Autobiographie* (1947) in de door Jestaedt in 2007 uitgegeven Band 1 van de historisch-kritische (nog niet voltooide) volledige uitgave van Kelsens oeuvre onder de titel: *Hans Kelsen Werke* (zie www.hans-kelsen.org), alsmede het biografische werk: *Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, 1969. Tegenwoordig schrijft Olechowski aan een nieuwe uitvoerige biografie (zie www.univie.ac.at/kelsen). Zie ook de bi(bli)ografische gegevens op de website van het *Hans Kelsen Institut* te Wenen (www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen) en het artikel van Bersier Ladavac 1998.

geven in en van belang (kunnen) zijn voor het onderzoek dat ik in de volgende hoofdstukken zal verrichten.

Hans Kelsen wordt op 11 oktober 1881 te Praag als zoon van een Duitstalige Joodse familie geboren. Reeds in 1884 verhuist de familie naar Wenen, de hoofdstad van de toenmalige Oostenrijks-Hongaarse Dubbelmonarchie. Na voltooiing van het gymnasium en vervulling van de dienstplicht, begint Kelsen – ofschoon hij liever Filosofie, Wiskunde of Natuurkunde wil studeren – in 1901 met de studie Rechts- en Staatswetenschappen aan de Universiteit Wenen. In 1906 promoveert Kelsen tot *doctor iuris* aan diezelfde universiteit op het proefschrift *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (dat al in 1905 verschijnt), een onderzoek naar Dante's politieke filosofie, welke van de idee uitgaat dat het einddoel van de mensheid als geheel ligt in het verenigen van alle menselijke vermogens, iets waartoe wereldorde en –vrede eerste vereisten zijn. Na studieverblijven te Heidelberg en Berlijn en verschillende onderwijsactiviteiten, verkrijgt Kelsen in 1911 het (privaat) doceerrecht voor Staatsrecht en Rechtsfilosofie aan de Universiteit Wenen met zijn rechtstheoretische *Habilitationsschrift*, getiteld: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tijdens de Eerste Wereldoorlog wordt Kelsen in militaire dienst opgeroepen, waarin hij onder meer werkt als militair-auditeur bij een militaire rechtbank, als juridisch adviseur bij de afdeling rechtspleging van het Ministerie van Oorlog en ten slotte als persoonlijk adviseur van de Minister van Oorlog op het gebied van militair en internationaal recht.

Na afloop van de Eerste Wereldoorlog, die het einde betekent van de Oostenrijks-Hongaarse Dubbelmonarchie, wordt Kelsen – ondanks zijn Joodse afkomst³⁶ – in 1918 benoemd tot buitengewoon hoogleraar, in 1919 tot gewoon hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Wenen en tijdens het studiejaar 1920-1921 tot decaan van de Faculteit Rechts- en Staatswetenschappen. In 1920 verschijnt één van zijn belangrijkste werken over internationaal recht, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, dat gelet op de ondertitel weliswaar een eerste *Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* beoogt te zijn, maar dat gezien het laatste ‘wereldbeschouwelijke’ hoofdstuk ook een pacifistische inbreng heeft. In diezelfde naoorlogse periode houdt Kelsen zich tevens bezig met het (mede-)ontwerpen van een federale en democratische constitutie voor de nieuwe

36 Alhoewel Kelsen beslist agnostisch was, heeft hij zich toch tweemaal ‘bekeerd’: in 1905 tot het Katholicisme en in 1912 tot het Protestantisme; destijds geen ongewone stappen om zich aan te (moeten) passen aan de heersende Oostenrijkse bevolkingsgroepen, wilde men als Jood van afkomst hogerop komen in de maatschappij.

Republiek Oostenrijk, waartoe Kanselier Karl Renner hem in 1918 heeft opgedragen. Kelsens rol bij het ontwerpen van het in 1920 aangenomen *Bundes-Verfassungsgesetz* is groot, in het bijzonder bij het concipiëren van het gedeelte over de constitutionele rechtspraak dat aan het *Verfassungsgerichtshof* de bevoegdheid verleent onconstitutionele wetten te vernietigen. In 1921 wordt Kelsen dan ook gekozen tot lid van het *Verfassungsgerichtshof*, welke rechterlijke functie hij naast zijn hoogleraarschap blijft uitoefenen. Deze praktische bezigheden op het gebied van staats- en constitutioneel recht vinden hun neerslag in wetenschappelijk werk. Over de constitutionele rechtspraak verschijnt in 1929 de studie *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* en over de democratie komt in datzelfde jaar de tweede, uitgebreide editie van *Vom Wesen und Wert der Demokratie* uit. De 'waarde' van de democratie ligt volgens Kelsen bovenal in de door haar gewaarborgde vrede, terwijl constitutionele rechtspraak daarvoor een extra waarborg vormt.

Politieke vijandigheden aan de Weense universiteit, maar vooral zijn beëindiging van het lidmaatschap van het *Verfassungsgerichtshof* als gevolg van een grondwetswijziging die een politiek gemotiveerde wijziging van de samenstelling van dat hof mogelijk maakt, brengen Kelsen in 1930 ertoe Oostenrijk te verlaten en het aanbod van een leerstoel aan de Universiteit van Keulen te accepteren. Aldaar wordt hij benoemd tot gewoon hoogleraar Volkenrecht en tijdens het studiejaar 1932-1933 tot decaan van de Rechtswetenschappelijke Faculteit. In 1931 schrijft Kelsen *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in weerwoord op Carl Schmitt en in 1932 houdt hij zijn tweede voordracht aan de Haagse Academie van Internationaal Recht (de eerste in 1926 en de derde in 1953). Na de machtsovername door het Naziregime in Duitsland en de ontzetting van zijn leerstoel te Keulen op grond van het *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, dat alle ambtenaren van Joodse afkomst uit hun ambt ontzet, vlucht Kelsen in 1933 uit Duitsland en ontvangt hij de leerstoel Volkenrecht aan het *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* te Genève. In 1934 verschijnt de eerste editie van de *Reine Rechtslehre* (ondertitel: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*), Kelsens belangrijkste werk over de rechtstheorie. Twee jaar later, in 1936, accepteert hij het aanbod van de leerstoel Volkenrecht aan de (Duitse) Karelsuniversiteit Praag, welke leerstoel hij combineert met zijn hoogleraarschap te Genève. Door politieke treiterijen, openlijk antisemitisme en bedreigingen tegen zijn leven, moet Kelsen zijn Praagse leerstoel al na drie semesters opgegeven. De politieke ontwikkelingen in Europa doen Kelsen uiteindelijk besluiten naar de Verenigde Staten te emigreren.

Aan het begin van de Tweede Wereldoorlog, die ook de ondergang van de falende Volkenbond inluidt, kan Kelsen eerst terecht als universitair hoofddocent aan de Harvard Law School van de Universiteit van Harvard, alwaar hij tijdens het studiejaar 1940-1941 de *Oliver Wendell Holmes Lectures* voordraagt, welke in 1942 worden gepubliceerd in *Law and Peace in International Relations*. Daarin begrijpt Kelsen het 'wezen' van zowel het nationale recht als het internationale recht als een orde ter bevordering van de vrede en stelt hij een zodanige hervorming van de internationale rechtsorde voor, primair in de vorm van dwingende internationale rechtspraak, dat deze de vrede daadwerkelijk kan bevorderen. In 1942 wordt Kelsen benoemd tot (gast-)hoofddocent en in 1945 tot gewoon hoogleraar *International law, jurisprudence and origin of legal institutions* aan de Universiteit van Californië te Berkeley, in welk jaar hem ook het Amerikaans Staatsburgerschap wordt verleend. In 1944 verschijnt het tweede belangrijkste pacifistische werk, *Peace through Law*, waarin Kelsen voorstelt de naoorlogse vrede in de eerste plaats te doen garanderen door middel van dwingende internationale rechtspraak, inclusief strafrechtelijke jurisdictie, waarbij hij ook concrete verdragsrechtelijke bepalingen toevoegt ter vervanging van de vooroorlogse. Een jaar later, in 1945, wordt Kelsen opgeroepen als juridisch adviseur bij de *United Nations War Crimes Commission* te Washington D.C., met als taak de juridische aspecten van de Neurenbergse Processen voor te bereiden. In datzelfde jaar komt Kelsens boek *General Theory of Law and State* uit, met als appendix de Engelse vertaling van *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), welk boek beoogt de Zuivere Rechtsleer onder de aandacht van Common Law-juristen te brengen en die leer zo te herformuleren dat zij de juridische problemen en instituties van zowel de Common Law- als de Civil Law-landen kan omvatten.

Vijf jaar na het einde van de Tweede Wereldoorlog schrijft Kelsen een veelomvattend en kritisch commentaar op het sinds die tijd geldende Handvest van de Verenigde Naties in *The Law of the United Nations* en twee jaar later, in 1952, verschijnt zijn belangrijkste leerboek over internationaal recht, *Principles of International Law*. In datzelfde jaar houdt Kelsen zijn afscheidsrede als hoogleraar aan de Universiteit van Californië onder de vragende titel: *What is Justice?*, waarin hij rechtvaardigheid onderzoekt als 'probleem' van belangen- en waardenconflicten en antwoordt dat, nu het ideaal van absolute rechtvaardigheid irrationeel is, er slechts een relatieve 'oplossing' (van het conflict) kan bestaan waarvan de 'waarde' is gelegen in verdraagzaamheid en vreedzaamheid. Na zijn emeritaat blijft Kelsen zeer actief en productief. Zo is hij in het studiejaar 1952-1953 gasthoogleraar aan het reeds genoemde Instituut te Genève en bezoekt hij in het

daaropvolgende studiejaar, ook als gasthoogleraar, het *Naval War College* te Newport, Rhode Island, welk bezoek resulteert in de publicatie *Collective Security under International Law*. Bijna dertig jaar na het verschijnen van de eerste editie van zijn rechtstheoretisch hoofdwerk, komt Kelsen in 1960 met een tweede, volledig herziene en uitgebreide editie van de *Reine Rechtslehre*, met als aanhangsel de uitvoerige tekst *Das Problem der Gerechtigkeit*. Tot aan het einde van zijn leven werkt Kelsen aan een nieuwe theorie van (rechts)normen en worstelt hij met het probleem van rechtvaardigheid. Op 19 april 1973 overlijdt Hans Kelsen in zijn laatste woonplaats Orinda, nabij Berkeley. Postuum worden in 1979 zijn *Allgemeine Theorie der Normen*, in 1985 *Die Illusion der Gerechtigkeit* en in 2011 *Secular Religion* gepubliceerd.

1.4. Samenhang en opzet

Dit proefschrift bestaat uit een combinatie van vier afzonderlijke artikelen, die reeds openbaar zijn gemaakt, en drie niet eerder gepubliceerde hoofdstukken. De vier artikelen, waarvan één in het Engels is geschreven, zijn tussen 2008 en 2015 gepubliceerd in de wetenschappelijke tijdschriften *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte*, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* en *Law and Philosophy*. In dit proefschrift zijn deze verhandelingen – met uitzondering van één artikel – qua inhoud ongewijzigd opgenomen als de hoofdstukken 2, 3, 4 en 6. Van het in *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* gepubliceerde artikel is in hoofdstuk 4 zowel de inleiding als de conclusie inhoudelijk uitgebreid. Hoofdstuk 5 bevat een niet eerder gepubliceerde verhandeling, evenals hoofdstuk 1 (de onderhavige inleiding) en hoofdstuk 7 (de samenvattende slotbeschouwing). Op meerdere doch ondergeschikte punten zijn de reeds gepubliceerde verhandelingen wel qua vorm gewijzigd teneinde er ook voor het oog en voor de leesbaarheid een samenhangend geheel van te maken: zo is het verwijssysteem geüniformeerd (verkort verwijzen in (niet-doorlopende) voetnoten), is de wijze van citeren gelijkvormig gemaakt (bloktekst inspringen bij langere citaten), zijn de aparte *abstracts* of *summaries* van de gepubliceerde artikelen weggelaten (aan het eind van het proefschrift zijn nu een gezamenlijke *summary* en *résumé* opgenomen) en zijn de afzonderlijke literatuurlijsten samengevoegd (één literatuurlijst met volledige bibliografische gegevens aan het eind van het proefschrift).

Een mogelijk nadelig gevolg van ‘promoveren op artikelen’ zijn herhalingen van of zelfs een enkele tegenstrijdigheid tussen bepaalde inzichten die in de loop van de tijd zijn verwoord in de al gepubliceerde artikelen. Voor de

eventuele doublures, die hun oorzaak vinden in het soms opnieuw moeten uitleggen van een inzicht bij een nieuw lezerspubliek, verontschuldigt ik mij bij dezen op voorhand: het betreffen haast onvermijdelijke herhalingen van belangrijke thema's bij Kelsen, zoals het dualisme van recht en feit, het onderscheid tussen recht en moraal, zijn concept van het recht en de rechtsnorm, zijn begrip van de (statelijke en internationale) rechtsorde en de monistische-hiërarchische constructie daarvan. Wat betreft de enkele contradictie, waarvan de reden ligt in het voortschrijdend inzicht dat bij mij na publicatie van het ene artikel en al schrijvend aan een volgend artikel zo nu en dan ongetwijfeld heeft plaatsgevonden, verwijs ik hier alvast naar de samenvattende slotbeschouwing waarin ik op die mogelijke tegenstrijdigheid zal terugkomen.

De inhoudelijke samenhang tussen de gebundelde verhandelingen bestaat in de eerste plaats uit het gemeenschappelijke onderwerp dat in alle stukken centraal staat: de betekenis van vrede in Kelsens rechtsfilosofie. Deze betekenis wordt in de verschillende hoofdstukken onderzocht aan de hand van diverse kernthema's in Kelsens theoretische en praktische werken: in hoofdstuk 2 de rechtvaardigheid, in hoofdstuk 3 de rechtspraak in het algemeen, in hoofdstuk 4 en 5 de supranationale (straf)rechtspraak in het bijzonder en in hoofdstuk 6 de rechtsgeldigheid. In de tweede plaats kan de samenhang worden gekend in de gedachtegang die achtereenvolgens – van de theorie naar de praktijk en weer terug naar de theorie – wordt doorlopen: het vertrekpunt in hoofdstuk 2 en 3 is Kelsens rechtsfilosofische idee over (rechterlijke) rechtvaardigheid, de vervolgstappen in hoofdstuk 4 en 5 vormen zijn rechtspolitieke beschouwingen over supranationale (straf) rechtspraak en het eindpunt in hoofdstuk 6 is de rechtsgeldigheid, een rechtstheoretisch kernthema in de Zuivere Rechtsleer. De onderlinge samenhang wordt in de derde plaats zichtbaar in de gehanteerde methode: in hoofdstuk 2, 3 en 6 wordt de stilzwijgende betekenis van vrede in Kelsens rechtsfilosofie en –theorie geëxpliciteerd, terwijl in hoofdstuk 4 en 5 de meer uitgesproken betekenis van vrede in zijn praktische werken conceptueel verhelderd. Op deze wijze hoopt dit proefschrift de pacifistische betekenis van de Zuivere Rechtsleer 'in ruimere zin' te kunnen (aan)tonen.

De opzet van het onderzoek is als volgt. Hoofdstuk 2 begint het rechtsfilosofisch onderzoek – conform de traditionele opvatting dat "jurisprudence should start with justice"³⁷ – met de idee van rechtvaardigheid. Immers, de

37 Zie de in par. 1 aangehaalde opvatting van Lon Fuller, die hij deelt met Jerome Hall. Een vlugge blik op de titels van de hedendaagse standaardwerken in de rechts- en politieke filosofie doet vermoeden dat deze opvatting waarschijnlijk nog steeds door vele rechtsfilosofen wordt

betekenis van Kelsens rechtstheorie kan eerst worden begrepen indien we zijn vernietigende kritiek van rechtvaardigheid nauwkeurig hebben onderzocht. Daartoe worden Kelsens Zuivere Rechtsleer en rechtvaardigheidskritiek vergeleken met Wittgensteins 'zuivere taalkritiek' en ontkenning van ethische proposities (par. 1). Kelsens vraagstuk 'Wat is rechtvaardigheid?' en zijn kritiek op de verschillende rechtsfilosofische antwoorden daarop worden behandeld (par. 2). Zijn onderscheidingen in deze kwestie tussen absolutisme en relativisme enerzijds (par. 3) en natuurrecht en positief recht anderzijds (par. 4) worden uiteengezet. Kelsens eigen relativistisch, positivistisch en objectivistisch antwoord op de vraag naar rechtvaardigheid wordt nader geanalyseerd. Wat betekent 'sociale vrede', is dat zelf een (objectieve) vorm van rechtvaardigheid en heeft die rechtswaarde ook enige wetenschappelijke betekenis? (par. 5) Hoewel de Zuivere Rechtsleer impliciet belang hecht aan de waarde van sociale vrede, is het toch vooral de 'onzuivere rechtspraktijk', en met name de rechtspraak (waar recht moet worden gesproken), die zich moet uitspreken over en invulling kan geven aan deze minst subjectieve vorm van materiële rechtvaardigheid (waar de rechtssubjecten zich het meest in kunnen vinden) (par. 6).

In het derde hoofdstuk wordt dit onderzoek naar rechtvaardigheid en vrede voortgezet, maar nu op het terrein van de rechtspraak. Door drie paradoxale effecten van Kelsens Zuivere Rechtsleer aan te tonen, laat dit hoofdstuk – wederom door een vergelijking met de paradoxale (nl. ethische) werking van Wittgensteins *Tractatus* – zien dat onderzoek naar een Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid niet alleen mogelijk maar ook betekenisvol is (par. 1). De eerste paradox vindt zijn oorsprong in Kelsens geformaliseerde en waarde vrije rechtsbegrip, dat de rechter confronteert met zijn morele verantwoordelijkheid voor de materiële waardering van het recht (par. 2). De tweede paradox ontstaat uit Kelsens gerationaliseerde concept van relatieve rechtvaardigheid, welk concept de rechter dwingt tot een absolute gewetensovertuiging van de morele juistheid van zijn oordeel (par. 3). De derde paradox vindt zijn basis in Kelsens idee van geobjectiveerde sociale vrede, waardoor de rechter zich rekenschap geeft van de subjectieve en irrationele eisen van rechtvaardigheid (par. 4). Ofschoon Kelsens Zuivere Rechtsleer wel op zuivere wijze over het recht spreekt, maar zwijgt over de 'zuivere' (in de zin van objectieve en onpartijdige) wijze van rechtspreken, is het desondanks mogelijk om zich

gedeeld. Denk bijv. aan: Rawls, *A Theory of Justice* (1971), Walzer, *Spheres of Justice* (1983), Sen, *The Idea of Justice* (2009), Sandel, *Justice: What's the right thing to do?* (2010) en Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2011).

een Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid te maken die aan de 'zuiverheid' van de rechtspraak (het rechterlijk oordeel) de sociale vrede als impliciete of stilzwijgende voorwaarde stelt (par. 5).

Hoofdstuk 4 stapt over naar Kelsens rechtspolitieke bespiegelingen over supranationale rechtspraak, waarin de impliciet pacifistische doelstelling van de Zuivere Rechtsleer duidelijker wordt uitgesproken. Teneinde de implicaties van Kelsens juridisch objectivisme en pacifisme helder voor het voetlicht te brengen, beperkt dit hoofdstuk zich tot zijn pleidooi van vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog voor het primaat van dwingende rechtspraak in de verzekering van de vrede binnen de internationale rechtsorde. Aan de hand van een vroege voordracht van Kelsen worden allereerst de wereldbeschouwelijke (kennistheoretische en moreelpolitieke) fundamenten van zijn volkenrechtsleer geschetst (par. 1). Vervolgens worden in zijn pleidooi drie hoofdargumenten onderscheiden die pleiten voor de supranationale rechter als hoeder van de internationale vrede, te weten: een evolutionair (par. 2), een technisch (par. 3) en een moreelpolitiek (par. 4) argument. Met behulp van een andere vroege studie van Kelsen wordt ten slotte het primaire belang van supranationale rechtspraak nog eens onderstreept door een analyse van de daarin gemaakte vergelijking met de constitutionele rechter als hoeder van de nationale vrede (par. 5). Alhoewel dit hoofdstuk vooral ingaat op de rechtsfilosofische (en historische) aspecten van Kelsens pleidooi, wijst het – gelet op het huidige, weinig effectieve, VN-systeem van 'politieke' vredeshandhaving – niettemin ook op het actuele belang van een primair 'rechterlijke' waarborg in dezen.

In het vijfde hoofdstuk – dat in zijn argumentatie teruggrijpt op Kelsens bewondering voor Dante's 'architecturale' (re)constructie van de wereldorde en dat daarom gebruik maakt van een 'architectuur'-metafoor – wordt op het onderzoek naar Kelsens beschouwingen over supranationale rechtspraak voort-'gebouwd', en wel op het gebied van het internationale strafrecht. Het hoofdstuk richt zich in het bijzonder op de pacificerende relevantie van Kelsens 'constructie'-plan om de jurisdictie van het wereldgerechtshof, dat hem vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog voor ogen staat, internationaal strafrechtelijk uit te breiden. In zijn constructieplan reikt Kelsen drie 'bouw'-voorschriften aan, die mijns inziens heden ten dage in 'architectuur'-overdrachtelijke zin zouden moeten leiden tot een internationale strafkamer als permanente 'uitbouw' van het Vredespaleis, te weten: vestiging van individuele aansprakelijkheid, onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige oorlog en universele en dwingende jurisdictie, welke bouwvoorschriften op hun pacificerende betekenis nader worden onderzocht (par. 3, 4 en 5). Ten slotte wordt nagegaan of het huidige

vredes-‘bouwwerk’ aan Kelsens constructie-eisen voldoet en, zo niet, hoe het dan kan worden vervolmaakt (par. 6). Voordat Kelsens bouwvoorschriften ter hand worden genomen, wordt echter eerst onderzocht of en in hoeverre zijn zuivere rechtstheorie in dienst kan staan van een ‘onzuivere’, want praktisch-politieke, (re)constructie daarvan (par. 2).

Hoofdstuk 6 keert terug naar een rechtstheoretisch kernthema in de Zuivere Rechtsleer, te weten de rechtsgeldigheid. Dit hoofdstuk onderzoekt het paradoxale dualisme in Kelsens Zuivere Rechtsleer, waarin aan de ene kant een strikt onderscheid en aan de andere kant een noodzakelijke relatie bestaat tussen Zijn en Behoren. Tegelijkertijd wordt getracht de vraag te beantwoorden of Kelsens zuivere rechtstheorie stilzwijgend de moreelpolitieke grond(voor)waarde van de sociale vrede vooronderstelt in de voorwaarden voor de geldigheid van de positieve rechtsorde (par. 1). Teneinde die vraag te kunnen beantwoorden, wordt allereerst geschetst waarom Kelsen enerzijds een onderscheid maakt tussen Zijn en Behoren en anderzijds een relatie legt tussen beide basiscategorieën (par. 2). Vervolgens wordt onderzocht of en, zo ja, op welke wijze de *conditio tacita* van de sociale vrede is geïmpliceerd in Kelsens voorwaarden (‘grondnorm’ en ‘effectiviteit’) voor rechtsgeldigheid (par. 3, 4 en 5). Ten slotte wordt beoordeeld wat deze implicatie of vooronderstelling van vrede mogelijk betekent voor de (her)waardering van de Zuivere Rechtsleer en voor haar begrip van de positieve rechtsorde (par. 6). Dit hoofdstuk weerspiegelt het heuristisch belang van Wittgenstein voor mijn interpretatie, namelijk in het wederkerende thema van ‘spreken en zwijgen’.

In het zevende en laatste hoofdstuk wordt het onderzoek afgesloten met een samenvattende slotbeschouwing. Daarin wordt eerst een korte samenvatting gegeven van de voorafgaande hoofdstukken en de daarbij behorende conclusies (par. 1). Daarna volgt nog een afsluitende beschouwing waarmee het onderzoek wordt afgerond (par. 2).

Ten slotte nog een paar opmerkingen over de gehanteerde literatuur. Bij het schrijven van het proefschrift heb ik natuurlijk gebruik gemaakt van de relevante werken van Kelsen en de ter zake dienende secundaire literatuur. In de volgende hoofdstukken gebruik ik bij het citeren uit Kelsens werken de Duits- en Engelstalige uitgaven en vaak ook de Engelse of soms Franse vertalingen daarvan. Waar ik andere filosofen zal citeren, zal ik zoveel mogelijk de Engelse of soms Nederlandse vertalingen van hun geschriften bezigen. Zoals gezegd, is aan het eind van het proefschrift een volledige lijst van de door mij gebruikte primaire en secundaire literatuur opgenomen.

2. Rechtvaardigheid en vrede

De idee van rechtvaardigheid van gedaante verwisseld*

2.1. Inleiding: Kelsen en Wittgenstein

In het eerste hoofdstuk van zijn recente boek *The Idea of Justice* (2009) citeert Amartya Sen de samenvattende stelling uit het voorwoord van de *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) van Ludwig Wittgenstein, te weten: “what can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence”. In een voetnoot (en eerder in zijn inleiding) merkt Sen daarbij op dat Edmund Burke in het Britse Parlement ook al veel eerder (in 1789) had betoogd dat het moeilijk is om over bepaalde zaken te spreken, maar (in tegenstelling tot Wittgensteins latere stelling) dat het onmogelijk is om daarover te zwijgen. De moeilijke zaak waarover Burke destijds niettemin uitgebreid en eloquent had geredeneerd betrof zijn eis tot een gedwongen afzetting van een hoge functionaris, waarbij Burke – onder aanroeping van “the eternal laws of justice” – zijn eis onderbouwde met een opsomming van meerdere gevallen van evident onrecht waarvoor deze functionaris verantwoordelijk was geweest. Het feit dat we – net zoals Burke – dikwijls gemakkelijker toestanden van manifest onrecht onder woorden kunnen brengen dan het wezen van volmaakte rechtvaardigheid kunnen benoemen is volgens Sen (in zijn voorwoord) een redelijk uitgangspunt voor een kritische discussie over en benadering van de idee van rechtvaardigheid.¹

Welnu, in dit artikel wil ik op enigszins vergelijkbare wijze de idee van rechtvaardigheid benaderen, niet door middel van het door Sen bedoelde negatieve onderzoek van die idee (‘diagnosis of injustice’) maar wel met behulp van de vernietigende – doch alles behalve nihilistische – kritiek daarvan door de twintigste-eeuwse Oostenrijks-Amerikaanse rechtsgeleerde Hans Kelsen (1881-1973). Zijn relativistische benadering van de idee van rechtvaardigheid, waarin die idee van gedaante moet verwisselen (‘metamorphosis of justice’) om een realiseerbare waarde van een maatschappelijke orde te worden, zal ons – zo concludeer ik althans in

* Dit artikel is eerder gepubliceerd in *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 103(2), 2011, pp. 87-105, en is met toestemming van Amsterdam University Press opgenomen in dit proefschrift.

¹ Sen 2009, pp. vii, 1, 31.

par. 6 – dichtbij een verschijningsvorm van rechtvaardigheid brengen die welhaast als vanzelfsprekend kan worden ervaren. En juist in onze liberale en pluriforme democratie zal die benaderingswijze weleens van een meer bevredigende waarde kunnen blijken te zijn dan een transcendente theorie van rechtvaardigheid die speculatieve uitspraken doet over de essentie van volmaakte rechtvaardigheid, waarover wij mensen het – ook volgens Sen – soms wel, maar om onvermijdelijk conflicterende redenen vaak niet volledig eens kunnen worden.²

Het uitgangspunt dat aan Kelsens concept van recht en rechtvaardigheid ten grondslag ligt, is het dualisme van zijn en behoren, werkelijkheid en waarde. Aan de hand van een ogenschijnlijk onbeduidende voetnoot van Kelsen zal ik dit niettemin belangrijke fundament³ van zijn rechtstheorie en rechtvaardigheidskritiek bespreken. Het betreft voetnoot 62 in de *Allgemeine Theorie der Normen* waarin hij de positie van Wittgensteins *Tractatus* afwijst.⁴ Wittgenstein wordt door hem niet zozeer bekritiseerd als degene die het dualisme van zijn en behoren ontkent, maar eerder als degene die loochent dat behoren-proposities enige betekenis hebben. Interessant is dat zowel Kelsen als Wittgenstein indirect is verbonden met het logisch-positivistische project van de *Wiener Kreis* en beiden een vergelijkbaar ontwerp voor ogen hebben van een zuivere wetenschap waarin geen plaats is voor metafysica en het transcendente.⁵ Kelsen wil alleen de rechtswetenschap zuiveren door een *Zuivere Rechtsleer* te ontwikkelen, terwijl Wittgenstein alle filosofie wil zuiveren door haar om te vormen tot *zuivere taalkritiek* (4.00.31).⁶

In zijn streven naar filosofische zuiverheid is Wittgenstein in zijn *Tractatus* echter radicaler. Volgens hem is de wereld slechts dat wat het geval is

2 *Ibid.*, pp. ix-x, 160.

3 Wróblewski 1981, p. 509.

4 Hoewel een vergelijking tussen Kelsen en de 'latere' Wittgenstein (van o.a. de *Philosophical Investigations*) interessant zou kunnen zijn, beperk ik mij hier niettemin tot de 'vroegere' Wittgenstein (van de *Tractatus Logico-Philosophicus* en zijn voordracht over ethiek); niet alleen omdat Kelsen zelf enkel verwijst naar de *Tractatus*, maar tevens omdat zijn filosofie en epistemologie meer verwantschap vertonen met het vroegere werk van Wittgenstein dan met het latere. Voor zover ik weet, wordt in de literatuur over Kelsen – de enkele keer dat daarin wordt vergeleken met Wittgenstein – ook alleen verwezen naar de *Tractatus* (zie voetnoot 5 en 68).

5 Hack 2003. In dit boek wordt Kelsens *Zuivere Rechtsleer* in de context geplaatst van de analytische filosofie en het logisch-positivisme van de *Wiener Kreis*; in het bijzonder wordt zijn filosofie en epistemologie vergeleken met die van Wittgensteins *Tractatus*. Zie voorts Jabloner & Stadler (Hg.) 2001. Zie ten slotte voor een vergelijking tussen Kelsen en de 'vroegere' Wittgenstein: Ruiter 1997.

6 Wittgenstein 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

(1) en valt zij alleen in feiten uiteen (1.2). Mensen maken zich beelden van feiten (2.1) en het logische beeld daarvan is de gedachte (3). Omdat slechts de proposities die feiten afbeelden zin hebben (3.3), is alleen de gedachte een zinvolle propositie (4). De zuivere methode van de filosofie is daarom:

to say nothing except what can be said, i.e. propositions of natural science – i.e. something that has nothing to do with philosophy – and then, whenever someone else wanted to say something metaphysical, to demonstrate to him that he had failed to give a meaning to certain signs in his propositions. (6.53)

Wittgenstein meent dat de zin van de wereld buiten haar ligt. De feiten zijn zoals ze zijn en gebeuren zoals ze gebeuren; *in* de wereld is er geen waarde (6.41). Om die reden bestaan er ook geen morele proposities. Zinvolle proposities kunnen immers niet iets transcendenten uitdrukken (6.42). De moraal kan niet in taal worden uitgesproken, omdat de moraal de werkelijkheid transcendeert (6.421). Behoren-proposities zijn onzinnig, aldus Wittgenstein.

Maar, volgens Kelsen (in voornoemde voetnoot), heeft een behoren-propositie wel degelijk betekenis:

The person who utters it means something, and the person to whom it is addressed can understand it. For it is possible that someone *ought* to do something, even though he does not do it, has not done it, or will not do it. In light of the fact that there exists such a thing as morality and law, it cannot be denied that besides Is there exists something different, Ought, and that it is *meaningful* to distinguish between Is and Ought.⁷

Als mensen behoren-proposities in taal kunnen uitspreken en anderen de daaraan gegeven betekenissen kunnen begrijpen, dan moet toch ook de wetenschap in staat zijn om kennis te nemen van dergelijke proposities. Voor Kelsen valt de wereld als object van kennis daarom uiteen in twee zinvolle sferen, die van het zijn én het behoren, waar mensen werkelijkheid respectievelijk waarde aan toekennen. De sfeer van het behoren ligt niet aan gene zijde van onze kenbare wereld, maar loopt in de wereld parallel aan de sfeer van het zijn. Dat ons feitelijke doen in de realiteit niet altijd overeenkomt met wat we normaliter behoren te doen, impliceert noch dat

7 Kelsen 1991, pp. 310-311, voetnoot 62. Vgl. Hack 2003, p. 109, waar ook voornoemde voetnoot wordt besproken.

we ons van de norm geen beeld kunnen maken noch dat de norm geen betekenis heeft.⁸ De norm is de zin van een menselijke wilsact, welke is gericht op het voorschrijven van menselijk gedrag. De talige uitdrukking van de norm is een behoren-propositie waarin die wil tot uitdrukking wordt gebracht, aldus Kelsen.⁹ De wereld is dus niet enkel wat het geval is (feit), zoals Wittgenstein beweert, maar ook wat het geval behoort te zijn (norm). Op zinvolle wijze kan door feiten de 'reële' wereld gedacht en door normen de 'ideale' wereld gewild worden.

Hoewel Kelsen het recht in het rijk van het behoren situeert, blijft hij om twee redenen toch trouw aan het (rechts)positivisme. Ten eerste beschouwt hij rechtsnormen als door mensen vastgesteld. Alleen een positieve norm die feitelijk door een menselijke wilsact is geponeerd, kan als kennisobject dienen. Uit het feit dat positieve normen door de menselijke wil zijn gesteld, volgt bovendien de willekeurige inhoud van dergelijke normen. Een rechtsnorm kan derhalve welke gedraging dan ook voorschrijven. Ontkent men de menselijke oorsprong of de materiële willekeur van normen, dan wordt een boven- of buitenmenselijke bron en dus een natuurrechtelijke rationaliteit erkend, hetgeen strijdig is met het positivisme.¹⁰ Ten tweede houdt hij streng vast aan het dualisme van zijn en behoren:

Die logische Unterscheidung zwischen Sein und Sollen und die Unmöglichkeit im Wege einer logischen Schlussfolgerung aus dem Bereich des einen in den des anderen zu gelangen, ist eine der wesentlichen Positionen der Reinen Rechtslehre. Sie ist eine Lehre von dem, was positiv-rechtlich sein soll, nicht von dem, was natürlich ist, ihr Gegenstand sind Normen, nicht die natürliche Wirklichkeit.¹¹

De natuurlijke werkelijkheid moet derhalve strikt worden onderscheiden van de normatieve bestaanswijze. De eerste is de reële sfeer van het zijn en de tweede de ideële sfeer van het behoren, welke nooit tot elkaar te herleiden zijn.¹² Deduceert men uit een zijn een behoren of leidt men uit feiten normen

8 In zijn toekenning van wetenschappelijke betekenis aan normen en waarden onderscheidt Kelsen zich van het logisch-positivistische project van de *Wiener Kreis*. Zie Hack 2003, pp. 74-75, 130.

9 Kelsen 1991, p. 2.

10 *Ibid.*, p. 4.

11 Kelsen 1968a, p. 614.

12 Cliteur & Ellian 2009, p. 127.

af, dan wordt de natuurrechtelijke denkfout gemaakt waardoor men ten onrechte in de natuur het recht denkt te vinden.¹³

Het feit dat Kelsen het recht als een behoren opvat, betekent evenwel niet dat hij onderzoekt wat het recht behoort te zijn. De *Zuivere Rechtsleer* bestudeert het recht zoals het werkelijk is, namelijk als een normatieve orde; moreel waarden doet zij het niet.¹⁴ Met het dualisme van zijn en behoren als grondstelling legt Kelsen de fundering voor de constructie van een zuivere en daarmee waarde-neutrale rechtswetenschap, waarmee hij tegelijk de grondslag van het natuurrechtelijk bouwwerk wil ondergraven. Zijn en behoren onderscheiden is niet alleen zinvol, het is zijns inziens zelfs onzinnig als men deze sferen vermengt. Maar als waarde en werkelijkheid zo streng van elkaar moeten worden onderscheiden, kan de rechtswetenschap dan nog wel iets *waardevols* over de rechtvaardigheid van het recht zeggen, of wordt ook haar dan op Wittgensteiniaanse wijze het zwijgen daarover opgelegd?¹⁵

2.2. Vragen en antwoorden

Voordat ik Kelsens vraag naar de rechtvaardigheid ga behandelen, kom ik even terug op zijn zojuist besproken voetnoot in de *Allgemeine Theorie der Normen*. Daarin verwerpt hij het standpunt van Wittgenstein dat behoren-proposities onzinnig zijn en er geen morele proposities bestaan. Als geestverwant van de *Wiener Kreis* en geestelijk vader van de *Reine Rechtslehre* had Kelsen het er bij kunnen laten slechts het positieve recht als object ten grondslag te leggen aan zijn onderzoek en dus de vraag naar de rechtvaardigheid uit zijn geestesarbeid weg te laten. Toch heeft hij dat nooit gedaan en heeft integendeel zijn leven lang dikwijls over de omstrede kwestie van rechtvaardigheid van gedachten gewisseld.¹⁶ Uit Kelsens levenslange

13 Wróblewski 1981, pp. 515-516.

14 Kelsen 1967, pp. 1, 67-69.

15 Vgl. mijn eerdere artikel: Notermans 2008, pp. 50-53 (dit proefschrift, hfst. 3, pp. 54-57).

16 Ter illustratie noem ik hier de volgende drie zelfstandig verschenen werken van Kelsen over rechtvaardigheid: *Die philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928); *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science, Collected essays* (1957); en *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophisches Platons* (1985) (postuum verschenen); en niet te vergeten: *Das Problem der Gerechtigkeit*, welke uitvoerige tekst is opgenomen als appendix in de tweede, volledig herziene en uitgebreide editie van Kelsens hoofdwerk: *Reine Rechtslehre* (1960).

onderzoek, waarin hij de vele antwoorden op de rechtvaardigheidsvraag kritisch is nagegaan, blijkt dat hij:

das Problem der Gerechtigkeit ernst nahm, Sätze über die Gerechtigkeit nicht von vornherein als 'sinnlos' ansah, wofür er durchaus eine philosophische Basis [nl. Wittgensteins positie] hätte angeben können, sondern stets zu prüfen bereit war, welchen Gehalt diese Sätze haben.¹⁷

Van Wittgenstein kan ook niet worden gezegd dat hij het bestaan van ethische problemen heeft ontkend, getuige de volgende stellingen in de *Tractatus*: "We feel that even when all *possible* scientific questions have been answered, the problems of life remain completely untouched" (6.52); "There are, indeed, things that cannot be put into words" (6.522). Volgens hem echter, kunnen dergelijke problemen niet onder woorden gebracht, niet uitgesproken worden. In de zuivere (taal van de) wetenschap daarentegen, bestaat 'het raadsel' niet en zijn alle mogelijke vragen noodzakelijk beantwoordbaar (6.5). Alle zinvolle zijnsproposities kunnen immers de gehele zijns wereld in kaart brengen. Inzake de natuurwetenschappen huldigt Wittgenstein daarom een overtuigend antisceptische mening:

Scepticism is *not* irrefutable, but obviously nonsensical, when it tries to raise doubts where no questions can be asked. For doubt can exist only where a question exists, a question only where an answer exists, and an answer only where something *can be said*. (6.51)

Maar wat betreft de ethiek meent Wittgenstein dat waar geen antwoord kan worden uitgesproken, geen zegbare (zinvolle) vraag kan worden geformuleerd (6.5).¹⁸

Desondanks stelt Kelsen in *Was ist Gerechtigkeit?* deze onbeantwoordbare en eeuwige vraag der mensheid, al weet hij als moreel scepticus dat ook hij nooit een definitief antwoord zal vinden. Hij leidt de vraag naar rechtvaardigheid daarom als volgt in:

No other question has been discussed so passionately; no other question has caused so much precious blood and so many bitter tears to be shed; no other question has been the object of so much intensive thinking by the most illustrious thinkers from Plato to Kant; and yet, this question

17 Walter 1996, p. 210, waar ook naar onderhavige voetnoot 62 wordt verwezen.

18 Wittgenstein 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

is today as unanswered as it ever was. It seems that it is one of those questions to which the resigned wisdom applies that man cannot find a definitive answer, but can only try to improve the question.¹⁹

Welnu, op welke manier formuleert Kelsen zelf deze moeilijke vraag? Vooraleerst kan worden bekritiseerd dat in een logische analyse vragen in de vorm ‘wat is...?’ bij meerduidige ideële begrippen eigenlijk moeten worden vermeden. Gevraagd kan worden *wat* een substantiële zaak, zoals een ‘boom’, *is*, als duidelijk is wat de term ‘boom’ aanduidt. Indien echter onduidelijk is waar een ideëel begrip precies aan refereert, dan is de vraag naar het *wezen*, het *zijn*, ervan misplaatst. Van het begrip ‘rechtvaardigheid’ wordt op zo verschillende manieren gebruik gemaakt dat het logischerwijs verschillende betekenissen kan hebben. Zo kan dat begrip enerzijds verwijzen naar een algemeen morele – en daarmee ‘buitenjuridische’ – waarde, zoals het rechtvaardige doel in het leven, waarvoor ook wel de term ‘gerechtigheid’ wordt gebruikt, anderzijds kan het een specifiek ‘binnenjuridische’ norm aanduiden waaraan een bepaalde wet of uitspraak van de wetgever respectievelijk rechter moet voldoen. De kritiek is dus dat Kelsen onderscheiden betekenissen door elkaar gooit en morele gerechtigheid verwart met juridische rechtvaardigheid, terwijl hij kennelijk met name de rechtvaardigheid in laatstbedoelde zin op het oog heeft.²⁰ Met deze kritiek in het achterhoofd kan Kelsens vraagstuk ‘wat is rechtvaardigheid?’ nu worden behandeld.

Rechtvaardigheid is, zijns inziens, primair een potentieel kenmerk van een sociale orde, secundair een menselijke deugd daar een mens pas rechtvaardig is indien hij zich overeenkomstig een rechtvaardige orde gedraagt. Een samenleving is rechtvaardig wanneer ze het gedrag van burgers zo ordent dat al haar burgers gelukkig zijn. Rechtvaardigheid betekent dan dus – in Plato’s zin²¹ – sociaal geluk dat door een sociale orde wordt verzekerd. Maar als rechtvaardigheid geluk betekent, is de volgende vraag:

19 Kelsen 1971, p. 1. De oorspronkelijke Engelstalige versie van zijn essay *Was ist Gerechtigkeit?* (1953) is gebaseerd op Kelsens afscheidsrede als hoogleraar aan de Universiteit van Californië, gehouden op 27 mei 1952 te Berkeley. Deze is online te beluisteren op: <http://gradlectures.berkeley.edu/lecture/what-is-justice>.

20 Ross 1957, pp. 565-566. Zie recenter Van Schilfgaarde 2006, pp. 170-172.

21 Plato (2005) identificeert in zijn *Politeia* rechtvaardigheid zodanig met geluk dat volgens hem slechts de rechtvaardige gelukkig kan zijn en de onrechtvaardige ongelukkig (p. 354a); dat daarom alleen in de rechtvaardige samenleving, in de ‘Ideale Staat’, het geluk van allen kan worden verzekerd (p. 420c); en wel slechts onder leiding van degene, de ‘Filosoof-Koning’, met het meest rechtvaardige en daarmee gelukkigste karakter van allen (p. 587e).

‘wat is geluk?’ Wordt nu onder ‘geluk’ het subjectieve gevoel verstaan, dan zijn conflicten tussen het geluk van het ene individu en dat van het andere onvermijdelijk. Daarom kan geen rechtvaardige orde bestaan die ieders individuele geluk kan verwezenlijken.²² Ter illustratie van deze stelling noemt Kelsen onder meer het beroemde *Salomo's Oordeel*. Zelfs indien men – uitgaande van Bentham's formule en zijn subjectieve waardering van geluk – rechtvaardigheid beschouwt als ‘het grootste geluk voor het grootste aantal mensen’,²³ dan is een rechtvaardige orde nog steeds onmogelijk, omdat verschillende individuen zeer verschillende ideeën erop nahouden van wat het grootste geluk voor het grootste aantal uitmaakt. Om die reden kan het door een samenleving verzekerde geluk niet geluk in subjectief-individuele zin, echter alleen geluk in objectief-collectieve zin behelzen.²⁴ Het geluk in deze laatste betekenis houdt niet meer in dan de behartiging van bepaalde belangen die door het maatschappelijk gezag als waardevol worden erkend. Volgens Kelsen moet de betekenis van de idee van rechtvaardigheid deze radicale ‘metamorfose’ ondergaan, wil zij een mogelijke eigenschap van een maatschappelijke orde kunnen worden. Het gevolg is dat “the idea of justice is transformed from a principle guaranteeing the individual happiness of all subjects, into a social order protecting certain interests socially recognized by the majority as worthy of being protected.”²⁵

Aan welke belangen hechten we de grootste waarde? En omgekeerd, in welke waarden stellen we het grootste belang? Dit zijn vragen die opduiken in geval van een belangenconflict dat uiteindelijk neerkomt op een waardenconflict. In geval van zulke conflicten, waarin de behoefte aan rechtvaardigheid zich juist voordoet,²⁶ verandert de vraag naar rechtvaardigheid onvermijdelijk in het onbeantwoordbare en onoplosbare probleem

22 Kelsen 1971, pp. 1-2.

23 Bentham 1996, hfst. I. In zijn *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* formuleert Bentham zijn ‘utiliteitsprincipe’ ook nog als volgt: “Ethics at large may be defined, the art of directing men's actions to the production of the greatest possible quantity of happiness, on the part of those whose interest is in view” (Idem, hfst. XVII).

24 Kelsen 1971, p. 4. Hij vergelijkt deze ‘metamorfose’ van de betekenis van geluk met die van vrijheid: “Since genuine freedom (...) from any kind of social (...) government is incompatible with any kind of social organization, the idea of freedom must cease to mean absence of government; it must assume the meaning of a special form of government (...) exercised by the majority – if necessary against the minority of the governed individuals. The freedom of anarchy turns to the self-determination of democracy”. Vgl. *Het maatschappelijk verdrag* van Rousseau 2002, boek I, hfst. 6-8, waar de onbeperkte ‘natuurlijke vrijheid’ van de mens wordt vervangen door zijn ‘burgerlijke vrijheid’ die wordt beperkt door de algemene wil (de meerderheid).

25 Kelsen 1971, p. 4.

26 Waar zich geen belangenconflicten voordoen, daar bestaat geen behoefte aan rechtvaardigheid, zo stelt Kelsen.

van rechtvaardigheid.²⁷ De rechtvaardigheidskwestie impliceert namelijk het probleem van waardenconflicten waarvoor geen rationele oplossing mogelijk is, vanwege het ontbreken van een objectieve rangorde van waarden. Het oordeel dat we in een bepaalde waarde het grootste belang stellen, is een waardeoordeel dat in laatste instantie door emotionele factoren wordt bepaald. Met deze emotivistische stellingname gaat Kelsen ervan uit dat een waardeoordeel uiterst subjectief en de geldigheid ervan slechts relatief is.²⁸ Wanneer we dus in geval van conflicterende belangen moeten beslissen aan welk belang we de grootste waarde hechten, dan is het

in the last instance, our feeling, our will, and not our reason; the emotional, and not the rational element of our consciousness which decides this conflict”, hetgeen betekent dat, “the answer has always the character of a subjective, and therefore only relative, judgment of value.”²⁹

Wat is nu eigenlijk het rechtvaardigheidsprobleem? Kelsen loochent niet het bestaan van een gemeenschap waarin meerdere (de meerderheid van) individuen feitelijk in hun waardeoordeel overeenstemmen. Rechtvaardigheid is, zoals gezegd, een mogelijk verschijnsel van een sociale orde. Maar hij ontkent wel de vermeende objectieve geldigheid van een positief waardesysteem en daarmee de gepretendeerde absolute rechtvaardigheid ervan. Hoewel redelijkerwijs niet kan worden vastgesteld wat de hoogste waarde is en de vraag naar rechtvaardigheid niet via de rede kan worden beantwoord, heeft de geschiedenis vele theorieën voortgebracht die pretenderen de hoogste waarde en de absolute rechtvaardigheid te hebben gevonden. Al deze voortbrengselen van de menselijke geest zijn echter metafysisch-religieuze of pseudo-rationele oplossingen van het probleem.³⁰ Voor beide typen antwoorden op de vraag naar rechtvaardigheid geldt,

27 Ofschoon de 'vraag' naar rechtvaardigheid hier lijkt te worden gereduceerd tot een kentheoretisch 'probleem', komt deze vraag tegelijkertijd neer op de moreelpraktische 'opgave' hoe dan toch aan die eeuwige behoefte aan rechtvaardigheid te kunnen voldoen. Zie Van Schilfgaarde 2006, pp. 164-165.

28 Cliteur & Ellian 2009, p. 129.

29 Kelsen 1971, pp. 5-7. Ter illustratie van de stelling dat een rationele rangorde van waarden ontbreekt, noemt Kelsen hier o.a. de volgende waardenconflicten: individu vs. natie, heiligheid v.h. leven vs. zelfbeschikkingsrecht, vrijheid vs. gelijkheid, individuele vrijheid vs. economische zekerheid en waarachtigheid vs. menselijkheid.

30 In *What is Justice?* brengt Kelsen enerzijds Plato (idee van het goede) en Jezus (prediking van de liefde) en anderzijds Aristoteles (*mesotes*-leer) en Kant (categorische imperatief) ten tonele als vertegenwoordigers van de metafysisch-religieuze respectievelijk pseudo-rationele theorieën van rechtvaardigheid.

volgens Kelsen, dat “the determination of these absolute values, and in particular the definition of the idea of justice (...) are but empty formulas by which any social order whatever may be justified as just.”³¹

2.3. Absolutisme en relativisme

Wie denkt veel verder te komen dan Wittgensteins onzegbaarheid van ethische proposities, komt vooralsnog bedrogen uit. Met Kelsens niets-zeggendheid van ethische formules is voorlopig weinig vooruitgang geboekt. Er zijn zelfs critici die menen dat Kelsen met zijn conclusie dat de absolute rechtvaardigheid niets anders is dan een lege formule de idee van rechtvaardigheid volledig heeft vernietigd. Hij heeft, zo luidt de kritiek: “die Gerechtigkeit als solche in Abrede gestellt,(...) sogar die ganze abendländische Denküberlieferung bezüglich der Gerechtigkeit unter einen grossen Fragezeichen gestellt.”³² Als in absolute termen kan worden gezegd wat rechtvaardigheid is, zou deze kritiek wellicht terecht zijn. Bovendien: Kelsen ontkent niet zozeer het bestaan van absolute rechtvaardigheid, maar bewijst veeleer dat de weg die de (westerse) traditie tot nu toe is gegaan niet begaanbaar is gebleken.³³ Kan de absolute rechtvaardigheid, zoals die traditie ons vertelt, eigenlijk wel langs rationele weg worden gerechtvaardigd?

Vast staat dat de mens van nature de behoefte voelt om zijn gedrag te rechtvaardigen. Hij beschikt immers niet alleen over een rede, maar ook over een geweten. In zijn rechtvaardigingsbehoefte probeert de mens echter door middel van zijn rede te voorzien. Als redelijk wezen verlangt hij dat zijn gedrag rationeel gerechtvaardigd kan worden. Volgens Kelsen is een rationele rechtvaardiging alleen mogelijk, indien kan worden bewezen dat een bepaald gedrag een passend middel is ter realisering van een verondersteld rechtvaardig doel. Onder de voorwaarde dat een bepaald doel rechtvaardig zou zijn, is een middel dat geschikt is om dat doel te bereiken dus gerechtvaardigd. Maar het geweten van de mens eist een onvoorwaardelijke en absolute rechtvaardiging van zijn gedrag en vraagt daarom of het ultieme doel ook gerechtvaardigd is. De moeilijkheid is nu

31 Kelsen 1971, p. 11. Zo worden door Kelsen o.a. de volgende formules van rechtvaardigheid als ‘inhoudsloos’ onthuld: Ieder het zijne (*suum cuique*), Kwaad met kwaad, goed met goed vergelden (*ius talionis*), Alle mensen zijn van nature gelijk (materiële gelijkheid), Gelijkheid van allen voor de wet (formele gelijkheid) en Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet (de Gulden regel).

32 Basta 2005, p. 14.

33 Walter 1996, p. 213.

dat de rechtvaardiging van het hoogste doel of de hoogste waarde niet op rationele wijze kan worden aangetoond. Dat een uiteindelijk doel rechtvaardig zou zijn, kan slechts gerationaliseerd worden in de vorm van een aanname op grond waarvan rechtvaardiging van gedrag in voorwaardelijke en relatieve zin mogelijk is. De rede kan derhalve niet volledig in de behoefte van het geweten voorzien, omdat de eerste slechts kan zorgen voor een relatieve rechtvaardiging terwijl het laatste een absolute rechtvaardiging nodig heeft. Het tegenvallende resultaat is: “The absolute in general, and absolute values in particular, are beyond human reason, for which only a conditional, and in this sense relative, solution of the problem of justice, as the problem of justification of human behavior, is possible”,³⁴ aldus Kelsen.

Aangezien het sterke geweten niet door de zwakke rede tevreden wordt gesteld, blijft het eindeloos zoeken totdat het ergens bevrediging kan vinden. In deze zoektocht naar een absolute rechtvaardiging kan de mens twee kanten op gaan. Aan de ene kant kan de mens zijn geweten tot rust brengen in metafysica of religie. Hij vervangt dan de rede door speculatie over of geloof in een transcendente wereld of God, waarvan de absolute waarde afkomstig zou zijn. Deze transcendente, bovenmenselijke zaken zijn echter ontoegankelijk voor het menselijk kenvermogen. De mens kan aan de andere kant de zwakheid van zijn rede ontkennen. Hij hoopt dan dat hij op ‘rationele’ wijze een of andere absolute waarde vindt waarmee hij vrede zou kunnen hebben. Deze hoop is echter gebaseerd op illusie of bedrog, omdat een dergelijke waarde simpelweg door emotie wordt gevormd.³⁵ Of de mens nu voor de metafysisch-religieuze of de pseudo-rationele kant kiest, volgens Kelsen blijft een absolute rechtvaardiging irrationeel.³⁶ De absolute rechtvaardigheid ligt aan gene zijde van de kenbare wereld en de menselijke rede, dus buiten empirie en logica om, want door de mens kan worden gedacht noch waargenomen een waarde die alle andere waarden noodzakelijk uitsluit. Verzint hij toch een formule, dan zegt (bewijst) deze niets en is de inhoud ervan leeg.³⁷

Kelsens vernietigende conclusie is vergelijkbaar met die van Wittgenstein in zijn *Lecture on Ethics* waarin laatstgenoemde iets tracht te zeggen over ethiek en absolute waarden. Maar die poging blijkt een hopeloos streven te zijn:

34 Kelsen 1971, pp. 8-10.

35 De idee dat morele waarde(oordele)n eerder voortkomen uit de emoties dan uit de (praktische) rede ontleent Kelsen aan het *Traktaat over de menselijke natuur* van Hume 2007, boek III, dl. 1.

36 Kelsen 1971, pp. 10-11.

37 Cliteur & Ellian 2009, p. 128.

My whole tendency and I believe the tendency of all men who ever tried to write or talk Ethics (...) was to run against the boundaries of language. This running against the walls of our cage is perfectly, absolutely hopeless. Ethics so far as it springs from the desire to say something about the ultimate meaning of life, the absolute good, the absolute valuable, can be no science. What it says does not add to our knowledge in any sense.³⁸

Als we ook maar iets over het absolute willen zeggen, overschrijden we zowel de grenzen van de wereld als die van de zinvolle taal. De grenzen van de zuivere taal (logica), die Wittgenstein in de *Tractatus* aanduidt, wijzen immers tevens de grenzen van de wereld aan (5.6). Hieruit volgt zijn onzegbaarheids-stelling: "We cannot think what we cannot think; so what we cannot think we cannot say either" (5.61).³⁹ Het onlogische is het ondenkbare en is dus het onzegbare.

Zoals gezegd, gelooft Kelsen wel in een zegbare ethiek als zinvolle wetenschap, maar niet in een wetenschappelijke vaststelling van absolute waarden in het algemeen en van absolute rechtvaardigheid in het bijzonder. In zijn streven loopt ook hij tegen de wanden van de kooi op en kan niet anders dan tot de slotsom komen dat binnen deze kooi alle waarden, inclusief de rechtvaardigheid, relatief zijn. Hij is van mening dat relativisme het onvermijdelijke gevolg is van een rationele wetenschap die zich zuivert van metafysica en het transcendente. Absolute morele waarden die noodzakelijk voor iedereen gelden, kunnen niet bewezen worden zonder toevlucht te nemen tot het transcendente. Het is derhalve Kelsens "rejection of any kind of metaphysical argument which also compels him to object against any attempt to establish absolute moral values."⁴⁰

Het absolutisme dat hij verwerpt, is de metafysische zienswijze die het bestaan aanneemt van een absolute realiteit onafhankelijk van de menselijke kennis. Met deze aanname correspondeert ook de mogelijkheid van absolute waarheid en absolute waarden. Deze mogelijkheid wordt ontkend door het relativisme dat alleen relatieve waarheid en relatieve waarden erkent. Het relativisme is namelijk de empirische beschouwingswijze die veronderstelt dat de realiteit als kenobject slechts in de menselijke kennis bestaat en dus afhankelijk is van het kennende subject. Bovendien is Kelsen ervan overtuigd dat een waardeoordeel in laatste instantie niet door rationele kennis van de realiteit maar door menselijke emotie tot stand

38 Wittgenstein 1965, pp. 11-12.

39 Idem 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

40 Bondy 1964, p. 54.

komt. Dientengevolge hangt de betrekkelijke geldigheid van een dergelijk oordeel enkel van het bewogen subject af. Alle morele waarde(oordele)n moeten daarom als irrationeel en relatief worden beschouwd.⁴¹ Dit brengt Kelsen ertoe sceptisch te staan tegenover de hele westerse denktraditie betreffende de absolute rechtvaardigheid:

If the history of human thought proves anything, it is the futility of the attempt to establish, in the way of rational considerations, an absolutely correct standard of human behavior (...). If we may learn anything from the intellectual experiences of the past, it is the fact that only relative values are accessible to human reason (...). Absolute justice is an irrational ideal or, what amounts to the same, an illusion – one of the eternal illusions of mankind.⁴²

Absolute rechtvaardigheid kan, naar zijn mening, gewoon nooit worden gerechtvaardigd. De vraag is of hij hiermee, zoals wordt beweerd, de rechtvaardigheid *als zodanig* in twijfel trekt.⁴³

2.4. Natuurrecht en positief recht

Als absolute rechtvaardigheid een irrationeel ideaal of een eeuwige illusie is, dan rijzen de rechtsfilosofische vragen of het recht wel rechtvaardig *kan zijn* en, zo ja, of het rechtvaardig *behoort te zijn*. Deze vragen betreffen dus de specifiek juridische betekenis van het begrip rechtvaardigheid, welke betekenis een juridisch normatieve standaard aanduidt. Uit Kelsens definitie van rechtvaardigheid als ‘mogelijke eigenschap van een rechtsorde’ volgt dat een rechtsorde niet noodzakelijk, van nature rechtvaardig behoeft te zijn. Onrechtvaardig recht is nog steeds positief recht. Het voor velen onbetwistbare vereiste dat positief recht rechtvaardig *zou moeten zijn*, wordt door Kelsen wel degelijk onderschreven.⁴⁴ Ergens schrijft hij dat als de idee van rechtvaardigheid enige functie zou hebben, zij zou moeten fungeren als model om goed recht te maken en als criterium om goed van slecht recht te

41 Kelsen 1971a, pp. 198-199.

42 Idem 1971, p. 21.

43 Basta 2005, p. 3.

44 Kelsen 1947, p. 390.

onderscheiden.⁴⁵ Desalniettemin vraagt hij zich af wat rechtvaardig recht eigenlijk betekent.

In de natuurrechtstheorie vervult het zogenaamde 'natuurrecht' de functie van rechtvaardigheidsmodel en behoort het 'positieve recht' conform dat model te worden vervaardigd. De natuurrechtstheorie kent zowel een metafysisch-religieuze als een pseudo-rationalistische stroming,⁴⁶ die beide beweren dat uit de natuur in het algemeen respectievelijk de menselijke natuur in het bijzonder een volmaakt rechtvaardige samenleving kan worden afgeleid. De eerste stroming gelooft dat de natuur door God is geschapen en de natuurlijke wetten afkomstig zijn van Gods wil. Door de wetgevende natuur te analyseren, kan men de in de natuur aanwezige wetten ontdekken. Rechtvaardige wetten zijn immanent aan de natuur, daar Gods goedheid zich in de natuur heeft uitgedrukt. Kelsen weerlegt de metafysisch-religieuze rechtstheorie met het argument dat de natuur, als causaal gedetermineerd feitencomplex, geen wil heeft en daarom niet als wetgevende instantie kan optreden. Iemand die meent uit feiten normen, uit zijn behoren te kunnen deduceren, begaat een logische denkfout. De tweede stroming gaat ervan uit dat de natuur van de mens met een rede is begiftigd en dat de oorsprong van de natuurlijke normen in de menselijke rede is gelegen. Door de voorschrijvende rede te onderzoeken, kan men de in de rede inwonende normen vinden. Rechtvaardige normen zijn immanent aan de menselijke natuur, omdat de rede van de mens van nature goed is. Kelsen spreekt de pseudo-rationalistische rechtsleer tegen met de verklaring dat de menselijke rede, als beschrijvend en begrijpend denkvermogen, geen prescriptieve kracht heeft en om die reden niet tot voorschrijvende daden kan overgaan. Normen die het gedrag van mensen voorschrijven kunnen slechts voortkomen uit de menselijke wil, niet uit de menselijke rede. In Kelsens woorden:

To detect norms of human behavior in human reason is the same illusion as to deduce them from nature. Hence it is not astonishing that the various followers of the natural-law doctrine deduced from nature or found in human reason, the most contradictory principles of justice.⁴⁷

45 Idem 1971b, p. 295.

46 In *What is Justice?* voert Kelsen Robert Filmer en John Locke op als traditionele representanten van de metafysisch-religieuze respectievelijk pseudo-rationele natuurrechtstheorieën.

47 Idem 1971, pp. 20-21. Waar Filmer in zijn *Patriarcha* (1680) de natuurlijke macht van koningen had verdedigd als de enige rechtvaardige regeringsvorm, daar kon Locke in zijn *Two Treatises of Government* (1690) het staatsbestuur alleen maar rechtvaardigen op de natuurlijke macht van de burgers.

Eigenlijk bedriegen volgelingen van beide natuurrechtelijke stromingen zichzelf, daar ze eerst bepaalde door henzelf veronderstelde normen aan de natuur of de rede toeschrijven om deze vervolgens daaruit af te lezen. Zoals een diaprojector beelden op het witte doek doet vallen die men zonder projectie van reeds ontwikkelde dia's niet kan zien, of zoals "ein Zirkus-Zauberer aus seinem Zylinder die Tauben und Kaninchen hervorholt, die er vorher hineingesteckt hat."⁴⁸

Evenals Kelsens positivisme welke vorm van metafysische speculatie dan ook afwijst, zo verwerpt zijn rechtspositivisme elke vorm van natuurrechtelijke tovenarij.⁴⁹ Het natuurrecht als zogenaamd vaststaand model van absolute rechtvaardigheid kan onmogelijk als juridische maatstaf worden aangenomen, omdat het niet kan dienen als objectieve waardemeter. Daarmee beweert Kelsen niet dat er geen rechtvaardigheid bestaat, maar dat in werkelijkheid verschillende en in potentie in tegenspraak zijnde rechtvaardigheidsprincipes worden voorondersteld. Hij ontkent noch dat de inhoud van positieve rechtsnormen (kan) worden bepaald door een of ander principe van rechtvaardigheid noch dat positieve rechtsnormen als rechtvaardig of onrechtvaardig (kunnen) worden beoordeeld. Zijn zuivere rechtstheorie kan daarentegen alleen een relatief karakter toekennen aan de rechtvaardigheid als waardemeter, dat wil zeggen dat een bepaalde rechtsnorm in relatie tot een bepaalde waarde gerechtvaardigd maar tot een andere evenzeer veroordeeld kan worden. Aangezien niet op objectieve wijze kan worden vastgesteld welke waarde de voorkeur heeft boven welke andere en Kelsen niet met twee maten wil meten, kan hij een positieve rechtsorde slechts afmeten aan haar formele geldingsgrond. In tegenstelling tot een natuurrechtsgeleerde die de geldigheid van de rechtsorde afhankelijk maakt van haar inhoudelijke rechtvaardigheid, staat de zuivere rechtsgeleerde erop dat de geldigheid van een rechtsorde niet wordt bepaald door haar materiële overeenstemming met een vastgestelde rechtvaardigheidsnorm, maar wel door haar formele overeenkomst met een vooronderstelde 'grondnorm'. "Sofern die Geltung des positiven Rechts in Frage steht, kommt keine andere Norma als diese Grundnorm, kommt insbesondere keine Gerechtigkeitsnorm in Betracht",⁵⁰ aldus Kelsen.

Het positieve recht is dus mogelijksterwijs rechtvaardig. Of en in welke mate het recht rechtvaardig is, hangt van de aangenomen meeteenheid af. Onder aanname van de grondnorm is positief recht noodzakelijkerwijs

48 Idem 1968d, p. 821.

49 Bondy 1964, p. 54.

50 Kelsen 1968d, p. 827.

geldig. De hypothetische grondnorm stelt dat het recht geldig is. Welke inhoud het recht krijgt, laat de grondnorm over aan het door de grondwet geregelde rechtsproces van wetgeving en rechtspraak. Een positieve rechtsorde kan daarom nooit in tegenspraak komen met haar eigen grondnorm, terwijl strijdigheid tussen het positieve recht en een rechtvaardigheidsnorm altijd tot de mogelijkheden behoort. Dat betekent dat de grondnorm enkel een geldigheidscriterium vormt, maar geen vast criterium is ter bepaling van de rechtvaardigheid van het recht. Ofschoon de natuurrechtsleer voorwendt “diesen Masstab als ein sicheres Kriterium der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit eines positiven Rechts zu liefern”, is ze volgens Kelsen “weit davon entfernt, das feste Kriterium zu liefern, das von ihr erwartet wird.”⁵¹ Doordat een absolute standaard van juridische rechtvaardigheid voor onmogelijk wordt gehouden, kan echter elke positieve rechtsorde die bepaalde menselijke gedragingen beveelt als relatief rechtvaardig worden bestempeld. Is ieder recht ‘rechtvaardig’ recht, dan is ieder recht ‘recht’. Dit impliceert dat de uitspraak ‘rechtvaardig recht’ eigenlijk een (on-nodige) herhaling van woorden inhoudt. Kelsen geeft dit zelf(s) ook toe: “Das bedeutet aber, dass das Urteil, eine Rechtsordnung sei relativ gerecht, auf die Tautologie hinausläuft, dass diese Rechtsordnung Recht sei.”⁵² Het paradoxale is dat de oplossing van het probleem van nietszeggende formules van absolute rechtvaardigheid niet veelzeggend is. De uitkomst van de relatieve rechtvaardigheid leidt namelijk tot tautologieën waaruit niet veel valt op te maken.

2.5. Rechtvaardigheid en rechtmatigheid

Heeft Kelsen, in zijn zuivere streven naar een antwoord op de vraag naar rechtvaardigheid, de idee van rechtvaardigheid *als zodanig* weggezuiverd? Het is waar dat hij zich bereid heeft getoond een hoge prijs te betalen om de zuiverheid van zijn rechtstheorie overeind te houden, maar of hij daarmee de rechtvaardigheid *op zich* ten offer heeft gebracht staat nog te bezien.⁵³ Hoewel hij het ideaal van absolute rechtvaardigheid inderdaad heeft prijsgegeven, moet zijn idee van relatieve rechtvaardigheid nog op waarde worden geschat. Deze waardering van de zin van relatieve rechtvaardigheid wordt in ieder geval belemmerd door bovengenoemde paradox, op basis

⁵¹ *Ibid.*, p. 828.

⁵² Idem 1968a, p. 621.

⁵³ Basta 2005, p. 14.

waarvan men zou kunnen denken dat deze zin 'even onzinnig' is als de zin van absolute rechtvaardigheid. Daarnaast wordt deze waardebepaling bemoeilijkt doordat Kelsen koste wat kost de zuiverheid van zijn rechtsleer wil handhaven, waardoor de idee van rechtvaardigheid als het ware van betekenis moet veranderen. Deze 'metamorfose' gaat mijns inziens niet noodzakelijk ten koste van de rechtvaardigheid, de vraag is echter wel wat er nog van overblijft.

Uiteraard kan men terecht kritiek hebben op Kelsens ambigue analyse van het begrip rechtvaardigheid in *Was ist Gerechtigkeit?*. Immers: "When Kelsen on the first page asks 'what is justice?' and on the second page declares that justice 'really means' social happiness, the reader is left without any justification for this postulate."⁵⁴ Maar omdat hij deze betekenis postuleert en zijn concept van rechtvaardigheid hier wordt onderzocht, wordt deze nu *for the sake of the argument* als uitgangspunt aangenomen. De eerste betekenis van rechtvaardigheid is dus 'maatschappelijk geluk'. Als men echter uitgaat van de oorspronkelijke zin van geluk, welke een subjectief gevoel aanduidt, dan is een rechtvaardige maatschappij onmogelijk. Het geluk van het ene individu conflicteert dan onvermijdelijk met dat van het andere. De zin van geluk moet daarom een verandering ondergaan van een subjectief-individuele naar een objectief-collectieve zin. Van een principe dat het 'subjectieve geluk' van alle individuen behoort te garanderen, wordt de betekenis van rechtvaardigheid omgevormd in een principe dat het 'objectieve geluk' van het collectief behoort te waarborgen. Een rechtvaardige samenleving moet het algemeen belang, dat wil zeggen de als waardevol erkende belangen beschermen. Maar deze betekenisvorm van rechtvaardigheid strandt op de moeilijkheid van belangen- en waardenconflicten. Deze strijd kan op rationeel wetenschappelijke wijze noch op absoluut rechtvaardige wijze worden beslecht, omdat de erkenning van bepaalde 'objectieve' belangen een subjectief en derhalve relatief waardeoordeel inhoudt, hetgeen altijd de verwaarlozing van andere (waardevolle) belangen tot gevolg heeft.⁵⁵ Vervolgens verliezen ook de absolute en natuurrechtelijke vormen van rechtvaardigheid hun betekenis vanwege hun metafysisch-religieuze of pseudo-rationele karakter. De absolute rechtvaardigheid als irrationeel ideaal moet van Kelsen daarom wel van gedaante verwisselen teneinde een zo objectief mogelijk idee van rechtvaardigheid te kunnen verwerven.

54 Ross 1957, p. 565.

55 Kelsen 1971, pp. 1-4.

Zoals gezegd, situeert hij zowel het probleem als de zin van rechtvaardigheid in gevallen van belangen- en waardenconflicten. Waar de belangen van mensen tegenstrijdig zijn, daar is behoefte aan rechtvaardigheid. Echter, net zo min als absolute rechtvaardigheid hier te behalen is, zo is volledige bevrediging van alle belangen ook niet haalbaar. Nu kan men, volgens Kelsen, de belangenstrijd slechts op twee manieren beëindigen:

either by satisfying one interest at the expense of the other, or by a compromise between the conflicting interests. It is not possible to prove that only the one or the other solution is just. Under certain conditions the one, under others the other may be just. If social peace is supposed to be the ultimate end – but only then – the compromise solution may be just, but the justice of peace is only a relative, and not an absolute, justice.⁵⁶

Het moge duidelijk zijn dat de eerste manier niet de ‘echte’ oplossing is, daar de verkiezing van het ene belang boven het andere uiteindelijk onrechtvaardig blijft. De tweede manier is evenmin de ‘ware’ uitkomst, omdat door de sluiting van het compromis de strijdige belangen niet volledig kunnen worden bevredigd. Bovendien is rechtvaardigheid in de gestalte van de sociale vrede ook slechts een relatief moreel doel dat in laatste instantie nooit kan worden geheiligd.

Toch is deze vorm van rechtvaardigheid, in de zin van ‘sociale vrede’, Kelsen wel heilig. Een relativistische waardeleer is volgens hem amoreel noch immoreel. Integendeel, de moraal van zijn verhaal is die van verdraagzaamheid en vreedzaamheid, kortom: iedereen zoveel mogelijk vrij en in ieders eigen waarde laten. Als moreel scepticus eindigt hij *Was ist Gerechtigkeit?* weliswaar met de bekentenis dat ook hij niet weet wat absolute rechtvaardigheid is waar de mensheid al eeuwen vurig naar verlangt. Hij moet zich ‘helaas’ tevreden stellen met relatieve rechtvaardigheid, te weten de rechtvaardigheid die *hij* van groot belang acht:

Since science is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth can prosper. ‘My’ justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy – the justice of tolerance.⁵⁷

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 21-22.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 22-24.

Echter, het belang dat Kelsen in de rechtvaardigheid van de sociale vrede stelt is niet alleen puur persoonlijk, maar – naar mijn mening – ook zuiver wetenschappelijk. De wetenschappelijke zoektocht naar objectieve waarheid is immers zijn belangrijkste streven.

Juist rechtvaardigheid in de gedaante van sociale vrede brengt hem dichter bij de door hem beoogde objectieve idee van rechtvaardigheid. Zoals bekend, hebben zijn inspanningen voor zuivere objectiviteit geleid tot waarderelativisme. De reden is dat “only relativism, which insists that opposite values can equally claim validity under certain conditions even though they cannot co-exist within the same system of values, can hope to achieve such objectivity as is humanly possible.”⁵⁸ Kelsen heeft gehoopt deze mate van objectiviteit te kunnen bereiken via de waarde van de sociale vrede. Ofschoon de *Zuivere Rechtsleer* een positieve rechtsorde onder alle omstandigheden weigert te verdedigen of te veroordelen, kan deze leer – empirisch en realistisch als zij is – evenwel bepalen onder welke omstandigheden een dergelijke orde haar aanspraak op geldigheid (en gehoorzaamheid) zo kan behouden dat zij ‘maatschappelijk werkzaam’ blijft.⁵⁹ Wel, de ervaring leert dat “only a legal order which does not satisfy the interests of one at the expense of another, but which brings about such a compromise between the opposing interests as to minimize the possible frictions, has expectation of relatively enduring existence.”⁶⁰ Is een positieve rechtsorde niet bij machte aldus de sociale vrede tussen haar burgers te garanderen, dan dreigt zij haar maatschappelijke werkzaamheid, en daarmee uiteindelijk ook haar objectieve gelding, te verliezen.

Toegegeven moet worden dat het oorspronkelijke ideaal van rechtvaardigheid, zoals dat hier is ontwikkeld, te weten dat van ‘maatschappelijk geluk’, iets anders betekent dan dat van ‘sociale vrede’ en dat door de betekenismetamorfose het probleem van rechtvaardigheid slechts ten dele is opgelost: niet elke vrede behoeft in die zin even rechtvaardig te zijn. Niettemin beschouwt Kelsen ook deze gedaanteverwisseling als een onvermijdelijke stap in de richting van rechtvaardigheid als een realiseerbare waarde van een sociale orde. Ervan uitgaande dat orde te verkiezen is boven anarchie, hetgeen uiteindelijk ook een relatief uitgangspunt blijft, ziet hij de idee achter deze zinsverandering als volgt: “if it is not possible

58 Bondy 1964, p. 55.

59 De term ‘maatschappelijke werkzaamheid’ ontleen ik aan Van Schilfgaarde 2006, p. 172, maar ik gebruik deze term hier – anders dan Van Schilfgaarde – in de sociologisch te bepalen zin van ‘effectiviteit’, zoals Kelsen zelf ook heeft bedoeld.

60 Kelsen 1947, p. 397.

to realize the ideal of perfect justice, let us establish a social order which guarantees at least peace. Such a social order is certainly better than no order at all, a state of anarchy.”⁶¹ Nu, het positieve recht blijkt in staat een dergelijke orde te vestigen, waarvan het primaire doel is ten minste de vrede tussen de burgers te verzekeren, in die zin dat bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak niet de absolute waarheid van de feiten vaststelt, maar wel een einde kan maken aan het conflict van belangen.⁶² Kan een positieve rechtsorde daarenboven een compromis tussen die conflicterende belangen en daarmee de sociale vrede realiseren – op welk moreel doeleinde een parlementaire democratie wezenlijk is gericht⁶³ – dan wordt daardoor de minst subjectieve vorm van rechtvaardigheid bereikt die maatschappelijk mogelijk is. Niet door met alle geweld de subjectieve belangen van de ene partij te willen bevredigen ten koste van de andere, maar door hun gelijkwaardige aanspraak op waarheid te tolereren en tot een vergelijk te willen komen, kan een oplossing worden gezocht die aan beide aanspraken recht doet. Maar zelfs deze tussenoplossing betekent dat: “if law is justice because law guarantees peace, it is just to apply the law, and unjust not to apply the law where it should according to its own intention.”⁶⁴ Van hieruit is het nog maar een kleine stap naar de meest objectieve betekenis van rechtvaardigheid: ‘rechtvaardigheid als rechtmatigheid’; de laatste gedaanteverwisseling die onherroepelijk leidt tot de tautologie: ‘rechtvaardig recht is rechtmatig recht, is recht’.

Kelsens metamorfose van de idee van rechtvaardigheid is voleindigd. Eindelijk heeft hij een betekenisvorm gevonden waarmee hij het probleem van rechtvaardigheid aan de onzekere sfeer van de subjectieve waarden kan onttrekken. Rechtvaardigheid, in de zin van rechtmatigheid, is de enige objectieve grondslag op basis waarvan men de orde van het recht, en daarmee de sociale vrede, kan handhaven. Rechtmatigheid is de formele rechtvaardigheid, de deugd die betrekking heeft, niet op de inhoud van het recht, maar op de toepassing van het recht. Zonder de rechtsinhoud te hoeven waarderen, kan men stellen dat het over het algemeen rechtvaardig

61 *Ibid.*, p. 397.

62 Herrera 2004, p. 28.

63 Kelsen 2006b, p. 196; zijn democratietheorie kan aldus worden begrepen: weliswaar vormt de maximalisering van individuele vrijheid ideologisch gezien het ultieme ideaal van de (parlementaire) democratie, maar omdat een zodanige vrijheid in de maatschappelijke realiteit onbereikbaar is, moet zij zich tevreden stellen met het in de werkelijkheid realiseerbare doel van de sociale vrede, opdat (door middel van het parlementaire proces van het sluiten van compromissen) in ieder geval zoveel mogelijk individuen tezamen vrij kunnen zijn (Idem, p. 204).

64 Kelsen 1947, p. 398.

is een rechtsregel toe te passen in alle gevallen waarin die regel – ingevolge haar inhoud – behoort te worden toegepast. Daarentegen is het onrechtvaardig een rechtsregel in bepaalde gevallen niet en in andere gelijke gevallen wel toe te passen. Rechtvaardigheid in de gedaante van rechtmatigheid voorkomt willekeur en waarborgt daarom de rechtszekerheid en -gelijkheid binnen elke positieve rechtsorde met welk moreel doeleinde dan ook. Desalniettemin maakt Kelsen nog steeds onderscheid tussen deze formele rechtvaardigheid die immanent is aan het recht en de materiële rechtvaardigheid die het recht transcendeert, hetgeen blijkt uit het volgende citaat:

Justice above the law is justice as an idea different from the law, a postulate directed at the law. The law should be just, although it is sometimes unjust. Justice under the law is justice as identical with the law. In this sense, law is always just. Justice under the law is a postulate of (...) the positive law (...) directed at the individuals subject to the law: to obey and to apply the law in the way the law intends to be obeyed and applied.⁶⁵

2.6. Conclusie: recht(matigheid) en vrede

Welnu, de enige idee van rechtvaardigheid waar Kelsen een objectief karakter aan kan toekennen, is de rechtmatigheid. Alleen in die betekenis is rechtvaardigheid wetenschappelijk zinvol. Omdat deze immanente rechtvaardigheid onder het recht valt of daarmee samenvalt, kan zij door de *Reine Rechtslehre* worden gekend en besproken. De formele aard van de rechtmatigheid verklaart dat zij niet veelzeggend is, want wat is 'vorm' anders dan 'iets dat inhoud mist'? Echter, net als de tautologie een literaire stijlfiguur kan zijn ter intensivering van een uitspraak, zo kan de rechtmatigheid een gestalte van rechtvaardigheid zijn ter versterking van het recht. Zo is de formele rechtmatigheid in staat een positieve rechtsorde gezag en gelding te verlenen in die zin dat ze de gelijke rechtstoepassing kan verzekeren zoals deze is verordend. Voor zover de tautologie ook een logisch begrip betreft, veroorloof ik mij hier nog een laatste vergelijking tussen Wittgenstein en Kelsen. Waar volgens de eerste de waarheden van de logica alleen van binnenuit kunnen worden gerechtvaardigd, of in Wittgensteins eigen aforistische

⁶⁵ *Ibid.*, p. 398.

stelling: “Logic must look after itself”,⁶⁶ daar kan volgens de laatste de rechtmatigheid van het recht slechts door zichzelf worden bepaald, of zoals Kelsen het zelf kernachtig verwoordt: “The law regulates its own creation.”^{67,68} Naar analogie van de logische tautologieën – de analytisch immanente waarheden van de logica – die door Wittgenstein als *zinloos* maar daarmee niet *onzinnig* worden betiteld,⁶⁹ kan de tautologische rechtmatigheid – de ‘binnenjuridische’ norm van de rechtvaardigheid – weliswaar als *inhoudsloos* maar daarmee nog niet *waardeloos* worden gekenschetst. Zo kan deze formele rechtvaardigheid in een liberale en pluriforme democratie een waardevol moreel alternatief bieden voor de inhoudelijke of natuurrechtelijke rechtvaardigheid.⁷⁰

De materiële rechtvaardigheid transcendeert daarentegen het recht en kan daarmee dus onmogelijk een bespreekbaar kenobject van de zuivere rechtstheorie zijn. Hoewel deze ‘buitenjuridische’ gerechtigheid,⁷¹ die boven het recht uitstijgt, bepalend kan zijn voor de rechtsinhoud, heeft zij vanwege haar subjectieve karakter geen wetenschappelijke betekenis. Haar belangrijke rol noch waarde voor het recht wordt door Kelsen gering-schat, maar de invulling respectievelijk de bepaling daarvan moet door zijn rechtstheorie worden overgelaten aan de ‘onzuivere rechtspraktijk’ van wetgeving en rechtspraak. Wil de ‘praktiserend jurist’ daarin toch nog trouw blijven aan het rationele – doch wellicht ook morele – streven naar zuivere objectiviteit, dan kan hij/zij zich laten leiden en inspireren door de minst subjectieve metamorfose van materiële rechtvaardigheid, te weten die van de ‘sociale vrede’. Met name in de rechtspraak waar recht dient te worden *gesproken* – en dus allesbehalve kan worden *gezwegen* – ‘toont’⁷² deze vorm van juridische rechtvaardigheid zich als de waarde van het recht waar de betrokken partijen zich – in een pluriforme samenleving – mogelijk het meest in kunnen vinden. Want waarop zou de rechtspraak in het algemeen anders gericht zijn dan primair op de vredige beslechting van geschillen tussen partijen? Het is dan ook misschien

66 Wittgenstein 1961, stelling 5.473.

67 Kelsen 1967, p. 221.

68 Vgl. Green 2009, pp. 23, 30 en idem 2003, pp. 397, 405.

69 Wittgenstein 1961, stellingen 4.461 – 4.4611 – 5.142 – 5.143 – 6.1 – 6.11.

70 Schneider 1996, p. 145.

71 De onderscheiden termen ‘binnenjuridische’ rechtvaardigheid en ‘buitenjuridische’ gerechtigheid ontleen ik aan Van Schilfgaarde 2006, pp. 170-172.

72 ‘Tonen’ als bedoeld in de *Tractatus* van Wittgenstein 1961: sommige zaken die zich niet laten zeggen of uitspreken, tonen zich daarentegen wel, zoals het ethische of het mystieke (stelling 6.522).

niet voor niets dat de gemakkelijkst toegankelijke (burger)rechter in de ons omringende landen⁷³ nog altijd een ‘vrederechter’, ‘juge de paix’ of ‘Friedensrichter’ wordt genoemd. Kennelijk is dat primaire doel van de feitelijke rechtspleging in ons eigen land zo vanzelfsprekend geworden dat daarover – in de naamgeving van de ambtsdrager althans – intussen wordt gezwegen.^{74, 75}

73 In België, Luxemburg, Frankrijk en Zwitserland: landen waarvan de rechtstelsels op de Franse *Code Napoléon* zijn gebaseerd.

74 In Nederland werd het ambt van vrederechter in 1838 afgeschaft. Het huidige ambt van kantonrechter komt er het dichtst bij in de buurt.

75 Vgl. mijn eerdere artikel: Notermans 2008, pp. 66-67 (dit proefschrift, hfst. 3, pp. 71-72).

3. Rechtspraak en vrede

Sociale vrede als Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid*

3.1. Inleiding

Onderzoek naar een Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid lijkt op het eerste gezicht strijdig te zijn met het zuiver theoretische onderzoek van de geestelijk vader van de *Reine Rechtslehre* zelf. Bij nadere beschouwing blijkt deze *prima facie* tegenstelling schijn te zijn vanwege de paradoxale werking die van Kelsens zuivere rechtstheorie uitgaat. Ook Herrera is, in zijn recente inleiding op Kelsens rechtsfilosofie, op deze paradox gestuit. Daarin concludeert hij dat de waarde van de zuivere rechtstheorie tegengesteld blijkt te zijn aan de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de zuivere theorie zelf: “une théorie qui se voulait avant tout ‘connaissance pure’ présente, surtout, une signification politique.” Uiteraard lijkt een dergelijke waardering van de theorie de doelstellingen van zijn auteur tegen te spreken wanneer deze niets anders dan een zuivere theorie van het recht voor ogen had. Echter, zo merkt Herrera terecht op, “l’intention d’un auteur n’est pas un argument théorique.”¹ Bovendien kan de ‘stille’ intentie van een auteur een andere zijn dan men op grond van zijn theorie zou verwachten, getuige Wittgensteins filosofische brief aan de uitgever van zijn *Tractatus Logico-Philosophicus* waarin hij verklaarde dat, hoewel zijn boek zweeg over ethiek, de betekenis ervan toch vooral ethisch was.² Met Herrera meen ik dat Kelsens theorie in die zin vaak (te) eenzijdig is opgevat en dat de politieke en ethische waarde van zijn rechtstheorie zelden voldoende is geëxpliciteerd.

Door drie paradoxale effecten van Kelsens werk aan te tonen, wil ik in dit artikel laten zien dat onderzoek naar een Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid niet alleen mogelijk maar ook zinvol is. De eerste paradox vindt zijn oorsprong in Kelsens geformaliseerde en waarde vrije rechtsbegrip, dat de rechter onverwachts confronteert met zijn morele verantwoordelijkheid voor de materiële waardering van het

* Dit artikel is eerder gepubliceerd in *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 37(1), 2008, pp. 49-70, en is met toestemming van Boom Juridische Uitgevers opgenomen in dit proefschrift.

1 Herrera 2004, p. 96. Zie ook zijn uitgebreide studie over Kelsen: Herrera 1997.

2 Wittgenstein 1991, p. 177.

recht (par. 2). De tweede paradox ontstaat uit Kelsens gerationaliseerde concept van relatieve rechtvaardigheid, welk concept de rechter zelfs dwingt tot een absolute gewetensovertuiging van de morele juistheid van zijn oordeel (par. 3). De derde paradox vindt zijn basis in Kelsens idee van geobjectiveerde ‘sociale vrede’, waardoor de rechter zich juist rekenschap geeft van de subjectieve en irrationele eisen van rechtvaardigheid (par. 4). Uit mijn analyse van deze drie schijnbare tegenstellingen, zal blijken welke verrassende voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid gemaakt kan worden op grond van Kelsens zuivere rechtstheorie (par. 5).

3.2. Spreken en zwijgen

“Spreken is zilver, zwijgen is goud”, zo luidt een bekend spreekwoord. Het betekent niet dat spreken altijd slechter is, wel dat zwijgen soms beter is. Het is een spreuk die op het lijf van Wittgenstein geschreven is. Zo vat hij de zin van zijn *Tractatus*³ in het voorwoord als volgt samen: “what can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence.” Dat wat duidelijk gezegd kan worden, zijn stellingen van de natuurwetenschap die de werkelijkheid logisch afbeelden. Dat waarover niet kan worden gesproken, zijn metafysische oordelen van de filosofie die de werkelijkheid transcenderen. De zuivere filosoof moet daarom spreken in natuurwetenschappelijke stellingen en dient de ander te bekritisieren indien hij de logische grenzen van onze wereld en taal overschrijdt. Hoewel Wittgenstein bekend dat deze filosofie voor die ander onbevredigend kan zijn – “he would not have the feeling that we were teaching him philosophy” – meent hij toch dat zij de enig zuivere is (6.53). Hiermee ontkent hij overigens niet het bestaan van onuitsprekelijke zaken. Dergelijke zaken, die zich aan gene zijde van onze taal en wereld bevinden, kunnen niet in woorden worden gevat maar ‘tonen zich’ enkel als ‘het mystieke’ (6.522). Voor ethiek (en recht) houdt dit in dat goed en kwaad (recht en onrecht) zich weliswaar manifesteren, echter niet binnen de grenzen van de feitelijke bespreekbare werkelijkheid. “It is clear that ethics cannot be put into words. Ethics is transcendental” (6.421), aldus Wittgenstein. Een waardeoordeel, bijv. een morele (juridische) veroordeling van moord, gaat namelijk de loutere beschrijving van de natuurlijke werkelijkheid te boven. Als we een dergelijk oordeel vellen, verwijzen we naar iets *boven*natuurlijks dat noch een feitelijke toestand uitdrukt noch logisch dwingend uit een

3 Idem 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

feitelijke toestand volgt. Sterker nog: “No state of affairs has, in itself”, wat Wittgenstein noemt: “the coercive power of an absolute judge.”⁴ Omdat we over morele zaken niet op wetenschappelijke wijze kunnen spreken, is het zuiverder daarover te zwijgen.

In tegenstelling tot Wittgenstein, maakt Kelsen de behoren-proposities van recht (en ethiek) wel bespreekbaar. Volgens de auteur van *Reine Rechtslehre* zijn we namelijk in staat om zowel een natuurlijke als een normatieve betekenis aan de wereld te verlenen. Een feitelijke daad - bijv. moord - is altijd een natuurlijk fenomeen dat oorzakelijk wordt gedetermineerd en een gebeurtenis die zintuiglijk kan worden ervaren. Een dergelijke handeling is op zichzelf, als zijnde een natuurverschijnsel, geen object van recht noch van rechtswetenschap. Deze daad verandert pas in een ‘slechte’ daad, ‘een misdaad’, als gevolg van een normatieve interpretatie. De juridische betekenis van deze daad wordt ontleend aan een rechtsnorm, *in casu* art. 289 WvSr, waarin staat dat moord een misdrijf is. Door de norm wordt een juridische betekenis aan de feitelijke daad verleend, zodat de daad overeenkomstig de norm kan worden geïnterpreteerd. “The norm functions as a scheme of interpretation”, aldus Kelsen. Anders gezegd: “The judgment that an act of human behavior, performed in time and space, is ‘legal’ (or ‘illegal’) is the result of a specific, namely normative, interpretation.”⁵ Het recht en de rechtswetenschap hebben als object deze rechtsnormen, die in tijd en ruimte gepleegde menselijke handelingen als (on)rechtmatig kunnen kwalificeren.

Spreken over een norm, een behoren, is dus wel zinvol. Erkent men de zin van normen, dan kan men volgens Kelsen ook zinnige waardeoordelen uitspreken. Indien een geldige norm voorschrijft dat bepaald gedrag behoort plaats te vinden, kan het feitelijke gedrag al dan niet overeenkomen met de norm. Het oordeel dat gedrag conform de norm is, is een positief waardeoordeel. Het houdt in dat gedrag rechtmatig is. Het oordeel dat gedrag in strijd is met de norm is een negatief waardeoordeel. Het wil zeggen dat gedrag onrechtmatig is. Zo vestigt een geldige norm, volgens welke bepaald gedrag behoort te zijn, een positieve of negatieve waarde. “The norm that is regarded as objectively valid, functions as a standard of value applied to actual behavior.” Naar Kelsens idee vormen normen de maatstaf voor zinnige waardeoordelen, terwijl feiten de maatstaf vormen voor zinnige realiteitsoordelen.

4 Idem 1965, p. 7.

5 Kelsen 1967, pp. 3-4.

Value judgments affirming that an actual behavior conforms to an objectively valid norm and is (...) 'good', or does not conform and is (...) 'bad', must be distinguished from judgments about reality that affirm (...) that something is and how it is.⁶

Het gedrag waarnaar het waardeoordeel verwijst, is een feitelijke handeling deel uitmakend van de realiteit. Echter, zo'n feit kan – in relatie tot een norm – als 'goed' of 'slecht' beoordeeld worden, zo'n feit kan een positieve of negatieve waarde hebben. De werkelijkheid kan dus op zinvolle wijze gewaardeerd worden.⁷

Desondanks trekt Kelsen, in vergelijking met Wittgenstein,⁸ een zuivere scheidslijn waarachter hij er het zwijgen toe doet. Laat mij deze scheidslijn aanwijzen. Alleen door mensen geschapen normen en door normen gevestigde waarden kunnen object van recht en rechtswetenschap zijn. Normen, die de maatstaf vormen voor waardeoordelen, zijn niet door bovenmenselijke maar door menselijke wilsacten geschapen en al zouden ze door bovenmenselijke wilsacten geschapen zijn dan nog zouden ze opgenomen moeten worden door mensen en dus alsnog door mensen gemaakt moeten worden. Waarden, die door menselijke normen worden gevestigd, zijn dus wezenlijk willekeurig. Bovendien kunnen andere menselijke wilsacten tegengestelde normen scheppen, die tegengestelde waarden vestigen. Dat wat 'goed' is volgens de ene, kan 'slecht' zijn overeenkomstig de andere norm. Positieve rechtsnormen vestigen slechts relatieve waarden, ten aanzien waarvan het rationeel onmogelijk is te bewijzen welke van de waarden 'de ware' is, zodanig dat deze in waarheid boven alle verheven is. Over absolute, transcendente waarden kan de *Zuivere Rechtsleer* bijgevolg maar beter zwijgen. Zo is rechtvaardigheid, volgens Kelsen, een subjectief-irrationele waarde waarop men vaak aanspraak maakt als ware zij een absolute waarheid. Rechtvaardigheid blijkt een probleem te zijn dat rationeel-wetenschappelijk onmogelijk kan worden opgelost. Daar waar Wittgenstein in zijn *Tractatus* beseft dat 'onze levensproblemen' helemaal niet worden opgelost als alle wetenschappelijke vragen zijn beantwoord (6.52), daar wil Kelsen met zijn *Zuivere Rechtsleer* graag 'het leven dienen', maar dan slechts in dienst van objectieve waarheid. Want, zo zegt Kelsen:

6 *Ibid.*, pp. 17-18.

7 Zie voor Kelsens latere begrip van realiteit en waarde: Kelsen 1991, pp. 58-62.

8 Zie voor de sterke gelijkenis tussen de filosofie van Kelsen en die van Wittgenstein: Hack 2003.

Man kann dem Leben dadurch dienen, dass man in unbestechlicher Objektivität das Wesen der Dinge und so auch das Wesen von Staat und Recht zu erkennen sucht, d.h. also durch *Wissenschaft*, oder dadurch, dass man wollend und handelnd Werte verwirklicht, insbesondere Recht erzeugt und vollzieht: durch *Politik*.⁹

Kelsen wenst positief recht zonder waardering te beschrijven zoals het *is*, niet zoals het *behoort te zijn*. De zuivere theoreticus is waarde vrij en als wetenschapper moet hij dat ook zijn. Hiermee ontkent hij niet dat recht iets met waarden te maken heeft. Integendeel, hij erkent dat rechtsnormen specifieke rechtswaarden vestigen en dat juridische oordelen, inhoudende dat bepaald gedrag (on)rechtmatig is, objectieve waardeoordelen zijn. Echter, terwijl de zuivere rechtstheorie de waarde vestigende functie van normen constateert, bepaalt zij de waarde van deze functie niet. “Eine solche Bewertung, die Antwort auf die Frage, wie das Recht sein soll, was das richtige, gerechte Recht ist”, is een ‘filosofische taak’ welke moet worden uitgeoefend door de rechtspolitiek die, “da es sehr verschiedene Gerechtigkeitsideale gibt, dabei zu sehr verschiedene Ergebnisse kommen kann.”¹⁰ In de zuivere rechtstheorie is spreken over rechtvaardigheid daarom zilver, daarover zwijgen goud.

In de ‘onzuivere rechtspraktijk’ daarentegen, wordt niemand minder dan de rechter, die handelend en willend waarden verwezenlijkt door recht te scheppen en toe te passen, gedwongen de waarde van het positief recht te bepalen. Zwijgen is geen optie, want ingevolge art. 13 WetAB, waarin staat dat “de regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van *regtsweigering* vervolgd worden”, is het ‘s rechters plicht recht te spreken. Zijn rechtspolitieke taak dwingt hem ertoe de normatief inhoudelijke vragen ‘hoe het recht behoort te zijn’ en ‘wat rechtvaardig recht is’ te beantwoorden; politieke en ethische vragen dus, waarop de zuivere rechtstheorie geen antwoord geeft.

Een dergelijke rechtstheorie kan uiteraard rekenen op veel kritiek. Zo zou zij de rechtvaardigheid als zodanig in twijfel hebben getrokken of zelfs hebben vernietigd,¹¹ zij zou het behoren van de norm op zodanige wijze hebben beschreven “dat geheel losstaat van wat het voor ons gevoel zou kunnen betekenen”, dusdanig dat het formele oordeel dat gedrag volgens

9 Kelsen 1968a, pp. 620-629.

10 Idem 1968b, p. 953.

11 Basta 2005, pp. 1-14.

de norm (on)rechtmatig is “geheel de gevoelswaarde voor ons verliest, die daarmee van huis uit is verbonden”; kortom, het zou een rechtstheorie zijn, “gezuiverd van al datgene dat het de moeite waard maakt om er een op na te houden.”¹² In zoverre de kritiek gericht is tegen Kelsens formele analyse van het wezen van het recht, onafhankelijk van de normatieve inhoud, is ze onterecht. Immers,

the analysis of the form establishes merely a formal framework for the cognition of the content of the law, but it does not intend to replace the knowledge of normative content by an analysis of the form of law.¹³

De kritiek zou terecht zijn, als Kelsen zou beweren dat de normatieve inhoud niet tot het wezen van het recht behoort, maar dat zegt hij niet. De reden dat hij, in zijn zuivere analyse van het rechtsbegrip, zwijgt over de waardevolle inhoud van het recht, is juist gelegen in de wezenlijk onzuivere (d.w.z. rechtspolitieke) aard van die inhoud. De zuivere rechtstheorie biedt de ‘politieke’ rechter, die op zoek is naar materiële rechtvaardigheid, daarom weinig houvast.

Overigens wordt daarmee de waarde van rechterlijke rechtvaardigheid als zodanig helemaal niet betwifteld of vernietigd. Integendeel, het paradoxale effect is zelfs dat de rechter door Kelsens zogenaamd ‘gevoelloze’, formele rechtsbegrip onverwachts geconfronteerd wordt met “a conception of law as a cardinal attribute of conscience.” Het brengt de rechter, zeggend, de naakte rechtswaarheid en de harde rechtsrealiteit onder ogen. Zo aanschouwt hij:

the rugged, harsh truth of positive law submerged in an indiscrete white light, wounding to the eye, showing things as they are:(...) and this indiscrete white light brings about in the spectator, as a stupendous paradox, a horror of positive law.

Door dit citaat van Bustamante y Montoro wordt glashelder voor welke gewetensvraag de rechter zich eigenlijk gesteld ziet: kan hij zomaar aangaan dat welke willekeurige inhoud dan ook geldig recht kan worden? Hoe streng formalistisch en waardevrij Kelsen ook is, “his fairest message consists in having brought about a (...) thirst for justice, flooding positive law,

¹² Langemeijer 1973, pp. 137-138.

¹³ Weinberger 1986, p. 188.

revealed in all its 'iniuria', in a white light."¹⁴ Uit Kelsens wetenschappelijke 'zuivering' van het theoretische rechtsbegrip komt het recht paradoxalerwijs naar voren als een wezenlijke eigenschap van het "innerlijke gerechtshof in de mens",¹⁵ om met Kants metaforische voorstelling van het geweten te spreken. Op de schouders van de rechter, in zekere zin de 'verpersoonlijking' of de 'institutionalisering' van ons geweten in de juridische praktijk, rust dus de morele verantwoordelijkheid zo 'zuiver', zo gewetensvol mogelijk recht te spreken opdat onze dorst naar rechtvaardigheid geleest kan worden.

3.3. Geweten en verantwoordelijkheid

Het 'zuivere' – in de zin van het absoluut rechtvaardige – oordeel acht Kelsen onmogelijk. De rechter die langs rationele weg een absoluut juiste waarde tracht te vestigen, bedriegt zichzelf en betrokken partijen, daar zijn oordeel nooit een tegengestelde en eveneens juiste waarde logisch uitsluit. Daarnaast kan de door hem gehanteerde norm, waaraan deze waarde gerelateerd is, nimmer in objectieve zin rechtvaardig zijn. De rechter die op rationele wijze aanspraak probeert te maken op een objectieve rechtvaardigheidsnorm, misleidt zichzelf en belanghebbende partijen, omdat deze in laatste instantie door emotionele factoren bepaald wordt. Het enige dat voor de rechterlijke rede overblijft zijn relatief rechtvaardige oordelen, hetgeen impliceert dat hij geen rechtvaardig oordeel kan vellen met uitsluiting van de mogelijkheid van een tegengesteld rechtvaardigheidsoordeel. Bovendien blijft een dergelijk oordeel willekeurig en subjectief, want uiteindelijk afhankelijk van de individuele wil van het oordelende subject in kwestie.¹⁶ Wat is dan in vredesnaam de morele zin van Kelsens theorie van relatieve rechtvaardigheid? In de laatste paragraaf zal ik aantonen dat relatieve rechtvaardigheid juist in naam van de vrede een rol kan vervullen. In deze paragraaf laat ik zien dat relatieve rechtvaardigheid aan het morele besef van de rechter hoge eisen stelt.

In *Was ist Gerechtigkeit?* vraagt Kelsen zelf naar de moraal van zijn verhaal. Is moreel relativisme niet amoreel of zelfs immoreel? Volgens hem is juist het omgekeerde het geval. Zijn bewering dat morele normen slechts relatieve waarden vestigen, betekent niet dat ze helemaal geen waarden vestigen. Moreel relativisme houdt in dat de absoluut goede of

¹⁴ Bustamante y Montoro 1947, pp. 49-50.

¹⁵ Kant 1991, p. 233.

¹⁶ Kelsen 1971, p. 4.

slechte moraal niet bestaat, maar dat er vele relatief goede en slechte morele systemen bestaan. Relativisme laat de individuele mens vrij om te kiezen voor een moraal, zodanig dat

relativism imposes upon the individual the difficult task of deciding for himself what is right and what is wrong. This, of course, implies a very serious responsibility, the most serious moral responsibility a man can assume.¹⁷

Hier wordt op twee belangrijke zaken gewezen. Enerzijds is het individu belast met de moeilijke taak de morele beslissing te nemen wat goed en slecht is. Anderzijds is deze taak de zwaarste morele verantwoordelijkheid die een mens op zich kan nemen. Laat mij deze zaken onderzoeken. Het individu legt zich dus de moeilijke taak op te besluiten wat moreel goed en moreel slecht is. Omdat een dergelijk besluit niet op grond van rationele kennis genomen wordt, moet het haast wel op geheel andere wijze tot stand komen. De kern van Kelsens rationele analyse van rechtvaardigheid kan daarom gaan “um die Offenlegung der Grenzen menschlicher *Erkenntnis* und damit um den Beginn jenes Bereiches, in dem das *Bekenntnis* beginnen muss.”¹⁸ Een dergelijke analyse is vergelijkbaar met Kants kritiek van de zuivere rede, welke in de kern neerkomt op begrenzing van de theoretische rede of kennis teneinde ruimte te maken voor het praktische weten of geloof.¹⁹

Welnu, dit morele weten of geloof kan op twee grondslagen berusten:

Es kann ein höchstpersönliches Bekenntnis, die autonome Gewissensentscheidung eines Menschen sein oder sich auf den Glauben an eine transzendente Instanz - Gott – gründen.²⁰

Het individu kan beroep doen op zijn eigen morele weten: het geweten, óf op het morele weten van een autoriteit boven hem: het geloof. Volgens Kelsen is de (on)bewuste overdracht van morele verantwoordelijkheid aan een hogere autoriteit, zoals een regering of in laatste instantie God, een teken van menselijke zwakte om deze verantwoordelijkheid zelf te dragen. Als de mens zijn toevlucht zoekt in iets boven hem, daar het makkelijker is om

¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁸ Walter 1996, p. 231.

¹⁹ Kant 2005, p. 117.

²⁰ Walter 1996, p. 231.

aan de moraal van een hogergeplaatste te gehoorzamen dan moreel eigen baas te zijn, is zijn wil onvrij en heeft hij geen keus. En, zo meent Kelsen:

The fear of personal responsibility is one of the strongest motives of the passionate resistance against relativism. Relativism is rejected and (...) misinterpreted, not because it requires too little, but because it requires too much.²¹

Inderdaad wordt van het individu, dat teruggeworpen wordt op de gewetensvraag wat rechtvaardig is, veel vereist. In de wetenschap dat hij enkel een relatief en subjectief antwoord kan krijgen, is hij niettemin de enige die deze fundamentele vraag kan én moet beantwoorden. En per saldo ontkomt hij daar niet aan als hij besluit te gehoorzamen aan een hogere autoriteit, bijv. aan God, want ook die overgave is dan zijn eigen persoonlijke besluit. Deze moeilijke taak is, naar Kelsens idee, de ware zin van morele autonomie, welke van de moreel autonome mens veel vraagt:

Er muss darauf verzichten, seine Gerechtigkeit auf eine rationale Erkenntnis zu stützen, und er kann sich nicht auf eine transzendente Autorität, die ihm diese vermittelt, berufen. *Was ihm Quelle verbleibt, ist sein einsames Gewissen!*²²

Maar hoe functioneert, volgens Kelsen, dit geweten? Zoals gezegd, maakt de mens aanspraak op absolute en objectieve rechtvaardigheid, terwijl zijn oordeel ten gronde relatief en subjectief is. Achter deze pretentie van absoluutheid en objectiviteit schuilt de behoefte van de mens om zijn gedrag te rechtvaardigen. Deze innerlijke drang, welke gedreven wordt door het geweten, onderscheidt mens van dier.

Man's external behavior is not very different from that of animals. The big fish swallow the small ones (...). But if a human fish (...) behaves in this way, he wishes to justify his behavior before himself as well as before society, to appease his conscience by the idea that his behavior in relation to his fellow man is right.²³

21 Kelsen 1971, p. 22.

22 Walter 1996, pp. 232-233.

23 Kelsen 1971, p. 8.

Bovendien stelt Kelsen dat de mens zijn gedrag rationeel probeert te rechtvaardigen. Echter, op het moment dat de rechtvaardiging gerationaliseerd wordt, kan de rede niet meer in de behoefte van het geweten voorzien. Want het geweten eist altijd een absolute rechtvaardiging, terwijl de rede aan een dergelijke eis nooit kan voldoen. Elke rationalisering van het rechtvaardigheidsprobleem leidt op deze manier noodzakelijk tot een relatieve oplossing en elke absolute oplossing ligt in Kelsens reductionistische visie onvermijdelijk in het rijk van willekeur en emotie.²⁴ Deze plaats past bij het uitgangspunt van zijn wetenschappelijke theorie, namelijk het strenge dualisme tussen rede en emotie, weten en willen, “met het gevolg dat daar waar geen sprake kan zijn van strikt wetenschappelijk weten, willekeur heerst” en dat daar waar gesproken wordt van irrationeel weten, emotie de overhand heeft. Kelsens “sciëntistische schema”, waarin het recht zuiver wetenschappelijk wordt beschreven, laat dus geen ruimte voor “het soort weten dat aan de orde is bij rechtspraak.”²⁵

In zijn postuum gepubliceerde *Allgemeine Theorie der Normen*, zegt Kelsen toch iets over de morele autonomie van de rechter en de gewetensbeslissing die deze moet nemen.²⁶ Daarin stelt hij dat het rechterlijk oordeel niet in een onmiddellijke (rationele) beweging voortvloeit uit een algemene wet, maar pas tot stand komt door middel van een autonome (irrationele) act van erkenning – dus d.m.v. een soort ‘sprong’ à la Scholten.²⁷ Om tot een individuele rechtsnorm te besluiten, moet de rechter eerst de waarde van de geldigheid van de algemene rechtsnorm erkennen. De erkenning van de geldigheid van de algemene norm is dus een noodzakelijke voorwaarde voor het stellen van de geldige individuele norm. Van belang is dat Kelsen in dit opzicht geen verschil ziet tussen recht en moraal:

The so-called autonomy of morality consists in the fact that this recognition of the validity of the general norm is a necessary condition for the positing of the corresponding individual norm.

Hij schrijft de ‘zogenaamde’ morele autonomie, omdat volgens hem de autonomie er niet in bestaat dat individuen zelf bevoegd zijn tot het stellen van algemene morele normen.

²⁴ *Ibid.*, pp. 10-11.

²⁵ Brugmans 2006, pp. 287-288.

²⁶ Zie ook Kelsens vroegere begrip van de rechterlijke beslissing als ‘authentieke interpretatie’: Kelsen 1967, pp. 348-356.

²⁷ Scholten 1974, pp. 75-76.

The so-called *autonomy of morality* consists only in the fact that the application of a general moral norm to a concrete case (...) is conditional upon the recognition of the validity of the general norm for the concrete case on the part of the individuals whose behaviour is decreed to be obligatory by the general norms of the moral order.²⁸

Het moreel autonome individu is dieningevolge vrij zichzelf aan de morele wetten te onderwerpen en zich overeenkomstig deze voorgeschreven wetten te gedragen. Onderwerpt hij zich daaraan, dan vooronderstelt hij de waarde van de geldigheid van die morele orde. In de rechtsorde is het met de autonomie van het rechtssubject en de rechter in wezen niet anders gesteld. De geldigheid van de gehele rechtsorde steunt immers in laatste instantie op een door een denkact vooronderstelde grondnorm, welke door hen in alle vrijheid ook niet gedacht kan worden.

Volgens Kelsens theorie is er geen absolute plicht om aan de wet, of ruimer, het recht te gehoorzamen, noch voor de rechtsonderhorige, noch voor de rechter (...). Omdat het op geen enkele wijze mogelijk is de rechtsorde te verbinden met een bovenwillekeurige instantie, is er uiteindelijk geen externe autoriteit waaraan het individu in het algemeen en de rechter in het bijzonder gehoorzaamheid verschuldigd is.²⁹

Dit betekent dat de rechter in elk concreet geval teruggeworpen wordt op de gewetensvraag naar de morele waarde van het geldige recht, waarmee de vraag naar de rechtvaardigheid van dat recht onafscheidelijk verbonden is. De beantwoording van deze vraag, de moeilijke taak om een zo 'zuiver' mogelijk oordeel te vormen en te beslissen wat rechtvaardig is, kan derhalve als de zwaarste rechterlijke verantwoordelijkheid worden beschouwd. Te meer daar Kelsens begrip van relatieve rechtvaardigheid en willekeurige rechtsgeldigheid laat zien dat het uiteindelijk van het autonome en subjectieve rechtvaardigheidsbesef van de rechter afhangt welke relatief rechtvaardige norminhoud hij tot geldig recht wil maken. De zuivere rechtstheorie confronteert de rechter met zijn eigen verantwoordelijkheid voor het recht en toont ons dus "dat wij ons niet kunnen verschuilen achter rationalisaties die doen voorkomen alsof rechterlijke oordelen steunen op bovenmenselijke instanties." Deze theorie maakt ons bewust van het feit

28 Kelsen 1991, pp. 237-239.

29 Brugmans 2006, pp. 286-287.

“dat rechtspraak mensenwerk is” en dat de legitimiteit van “het werk dat wordt geleverd”³⁰ afhankelijk is van menselijke waardering en erkenning.

Het ‘praktische tekort’ waar Kelsens rechtstheorie aan lijdt, vul ik hier aan met Scholtens opvatting over rechterlijke rechtvaardigheid. Kelsen kan in zijn zuivere theorie van het recht geen zin geven aan de absolute rechtvaardigingseis van het geweten. Ondanks dat Scholten qua rechtsbegrip niet ver van hem af staat, wijst hij wel op de zin van deze eis. In zijn visie is de irrationele beslissing van de rechter wezenlijk moreel van aard: “Als moreel oordeel is het rechterlijk oordeel een intuïtief, niet door rede en redenering bepaald oordeel in het concrete geval.” En juist in de beslissing omtrent het concrete geval ligt, volgens hem, de rechtvaardigheid in het recht, zodanig dat in elke rechterlijke beslissing de rechtvaardigheid meespeelt: “Er is in het recht geen stap te zetten zonder bewust of onbewust de vraag naar de gerechtigheid te stellen.” Dit betekent overigens niet dat hij gelooft in abstracte en absolute rechtvaardigheid, want ook voor hem wordt het antwoord wat rechtvaardig is in laatste instantie bepaald door “een hoogstpersoonlijke, intuïtieve en irrationele” beslissing, waarbij “het individuele geweten dat hier spreekt” een belangrijke rol speelt.³¹ Dit betekent daarentegen wel dat de gewetensvolle rechter, die van iedere concrete rechtszaak een gewetenszaak maakt, tegen beter rationeel weten in, zelf volkomen overtuigd moet zijn van de absolute rechtvaardigheid *in concreto*.

Laat mij Scholtens gedachtegang weergeven. In zijn *Algemeen Deel* zegt hij eerst het volgende over de rechterlijke uitspraak:

‘Gij behoort’ of ‘gij behoort niet’ (...), dat is de kern van iedere uitspraak van de rechter (...). Zulk een woord kan alleen hij uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is (...); ieder goed rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan.

Iets verderop wordt de noodzaak duidelijk van de absolute overtuiging van de rechter:

Juist omdat de beslissing een gewetensbeslissing is, is zij volkomen vrij van willekeur. Alleen dán is een uitspraak verantwoord, als de rechter kan getuigen: ik kán niet anders.

³⁰ *Ibid.*, p. 288.

³¹ Brouwer 2004, pp. 49-50.

Ten slotte beantwoordt Scholten de vraag waarom de rechter absoluut overtuigd moet zijn van de enig mogelijke uitspraak:

Het antwoord ligt (...) in zijn verantwoordelijkheid. De uitspraak is niet de enige binnen het rechtssysteem en wellicht had een ander anders beslist, maar voor *hem* is, omdat het een gewetensbeslissing is, iedere andere oplossing uitgesloten. Doch zulk een gewetensbeslissing kan men alleen vellen, indien men zich van zijn verantwoordelijkheid bewust is, indien de rechter met zijn werk ernst maakt.³²

In de absolute rechtvaardigingsdrang van het geweten, die de rechter dwingt de juistheid van zijn concrete beslissing voor zichzelf en voor anderen moreel te verantwoorden, situeert Scholten de rechtvaardigheid. Echter, zo stelt hij:

Boven dit betrekkelijke komen we niet uit. Het absoluut juiste, dat een algemeenheid zou zijn, bereiken wij niet. Ja, we kunnen de betrekkelijkheid nog verder doorvoeren. Bij een kleine verschuiving der feiten zouden we wellicht anders oordeelen dan we deden - de gebrekkigheid van ons oordeelen maakt dat we weten, dat we kunnen falen. En toch ligt in den eisch om gerechtigheid, die aan het rechtsoordeel wordt gesteld, de aanraking met het absolute.³³

Naar mijn idee wijkt Scholtens paradoxale stelling niet ver af van Kelsens zuivere rechtstheorie. Zij voegt integendeel zelfs een beter inzicht toe inzake het paradoxale effect dat uitgaat van Kelsens gerationaliseerde begrip van de subjectiviteit en relativiteit van alle rechtvaardigheidsoordelen. Juist dit zuiver theoretische inzicht wijst de moreel autonome rechter op zijn moeilijke taak en zware verantwoordelijkheid om – hoewel dat misschien *in abstracto* onmogelijk is – dan toch *in concreto* zo ‘zuiver’ mogelijk te oordelen. In de ‘onzuivere rechtspraktijk’ betekent dit bovenal dat de rechter, gezien zijn morele autonomie, zich gewetensvol van zijn taak moet kwijten en dat hij, gezien zijn macht over het recht, zich ten volle bewust behoort te zijn van zijn verantwoordelijkheid voor het recht. Echter, met het gegeven dat het oordeel van de rechter ook dan geen absoluut rechtvaardige waarde kan vestigen, moeten we ons volgens Kelsen uiteindelijk tevreden stellen. Maar als dat zo is, kunnen we dan niet beter onze (te) hoog gespannen

32 Scholten 1974, pp. 130, 133-134.

33 Scholten 1949, p. 314.

verwachtingen van rechterlijke rechtvaardigheid naar beneden bijstellen en genoeg nemen met een 'bescheidener' finaliteit van rechtspraak?

3.4. Recht(vaardigheid) en vrede

Al levert de rechtspraak voor belanghebbende partijen onmogelijk dé absoluut rechtvaardige norm op, juist in haar mogelijke gerichtheid op een relatief vredige beslechting van hun onderliggende belangenconflicten, ziet Kelsen haar ultieme doel.³⁴ Immers, een verdere moraal van Kelsens verhaal is dat zijn moreel relativisme specifiek morele waarden met zich meebrengt, te weten verdraagzaamheid en vreedzaamheid, welke waarden hij samenvat onder de noemer van 'sociale vrede'.³⁵ Vanuit rationeel oogpunt gezien zijn er namelijk enkel belangen- en waardenconflicten, die men maar op twee manieren kan beslechten. Hetzij door de waarde van het ene belang te verkiezen boven die van het andere, hetzij door een compromis te sluiten tussen gelijkwaardige belangen. Aangezien het rationeel onmogelijk is aan te tonen welke absoluut waardevoller is, kan de tweede 'redelijker' manier als rechtvaardiger worden beschouwd. Niettemin geeft Kelsen toe dat ook sociale vrede slechts relatief, niet absoluut, rechtvaardig is. Geschillenbeslechting door (minnelijk) te schikken is alleen rechtvaardig op voorwaarde dat vrede als hoogste waarde wordt erkend. Toch is vrede wel de minst subjectieve vorm van rechtvaardigheid. Niet slechts één subject kent waarde toe aan vrede, maar alle subjecten hechten eraan dat aan hun belangen recht wordt gedaan. In overdrachtelijke zin: voor het individu zou 'the best of all possible worlds' een wereld zijn waarin hij de belangenoorlog zou hebben gewonnen nadat hij zichzelf als overwinnaar zou hebben uitgeroepen, terwijl voor alle individuen 'the least worst of all possible worlds' een wereld zou zijn waarin allen de belangenoorlog zouden hebben gewonnen nadat zij samen de vrede zouden hebben getekend.

Aangenomen dat Kelsens theorie van relatieve rechtvaardigheid leidt tot de waarde van sociale vrede, is de volgende vraag wat dit betekent voor de rechtspraak. In het recht doet zich bovenal het probleem van rechtvaardigheid voor. In het recht vindt namelijk een voortdurend menselijk conflict van belangen en waarden plaats. En juist daar, waar zich belangen- en waardenconflicten voordoen, verwordt rechtvaardigheid – volgens Kelsen – tot een onoplosbaar probleem. Zonder dergelijke conflicten zouden mensen

34 Herrera 2004, p. 28.

35 Kelsen 1971, p. 22.

überhaupt geen behoefte hebben aan rechtvaardigheid. Onoplosbaar is het rechtvaardigheidsprobleem omdat een objectieve rangorde van waarden op rationele wijze onmogelijk is vast te stellen. In het recht staan belanghebbende partijen daarom steeds tegenover elkaar: slachtoffer versus misdadiger, aanklager versus verdediger, eiser versus gedaagde, overheid versus individu; en dat wat respectievelijke partijen aan de rechter voorleggen is in wezen een belangenconflict. Zulk een conflict

exists when one interest can be satisfied only at the expense of the other; or, what amounts to the same, when there is a conflict between two values, and when it is not possible to realize both at the same time.

Nochtans wordt in zo'n geval van de rechter gevraagd dat te doen wat hem is opgedragen: "to decide which one is more important, or in other terms, to decide which is the higher value, and finally: which is the highest value."³⁶ Voor zover de rechter een rechtvaardigheidsoordeel als antwoord op respectievelijke rechtsvragen velt, is zijn waardeoordeel subjectief en relatief van aard. Het eeuwige verlangen naar absolute rechtvaardigheid lijkt derhalve nooit te kunnen worden bevredigd.

Dit blijkt heel duidelijk uit Kelsens analyse van een bekende interpretatiemethode, te weten de 'techniek van belangenafweging' welke is gebaseerd op de stelling dat ieder rechtsgeschil in essentie een geschil van belangen impliceert.

Aan deze stelling ligt de gedachte ten grondslag dat elke algemeen geformuleerde rechtsregel gebaseerd is op een afweging van individuele en/of collectieve belangen. Deze stelling wordt onder meer verdedigd door aanhangers van een belangrijke stroming binnen de rechtstheorie, de *Interessenjurisprudenz*.

Als met rechtsnormen bepaalde belangen worden behartigd, dan moet in een concreet geschil de rechter onderzoeken welke belangen dat zijn en de gevonden belangen tegen elkaar afwegen. Deze onvermijdelijk irrationele en subjectieve afweging geschiedt middels de 'weegschaalmethode'.

Argumenten die voor het behartigen van een bepaald belang spreken en argumenten die tegen een bepaald belang spreken (...) worden op de

36 *Ibid.*, p. 4.

weegschaal gelegd. De argumenten laten dan de wijzer naar een bepaalde kant doorslaan.³⁷

De gedachte achter deze rechterlijke interpretatiemethode verwoordt precies Kelsens visie op het onoplosbare probleem van de alomtegenwoordige belangenconflicten. Zijns inziens is de zogenaamde ‘techniek van belangenafweging’ (*Interessenabwägung*) niet zozeer de oplossing maar veeleer de formulering van het probleem. Deze theorie voorziet helemaal niet in een objectieve standaard waarmee het gewicht van belangen kan worden bepaald en op basis waarvan het mogelijk is het conflict te beslechten. Kelsen verwoordt:

It is impossible to derive this (...) standard from the norm that is to be interpreted,(...) or from the entire legal order, as has been asserted by the theory of the so-called ‘weighing of interests’. For the need for an ‘interpretation’ results precisely from the fact that the norm to be applied or the system of norms *leaves open* several possibilities - and this means that it contains *no decision* as to which of the interests in question has a higher value than the others, but leaves this decision to an act of norm creation to be performed (...) in rendering a judicial decision.³⁸

Deze rechterlijke beslissing, die via een authentieke interpretatie door een wilsact genomen wordt, waardoor aan één bepaald belang de voorkeur wordt gegeven, is een subjectief en relatief waardeoordeel. De wens naar een ‘redelijker’ belangenafweging en daarmee naar een ‘zuiverder’ rechtvaardigheidsoordeel, lijkt daarom in geen geval te kunnen worden vervuld.

Echter, voorondersteld dat in een rechtsorde de sociale vrede als hoogste waarde wordt erkend, dan kan het schijnbaar onoplosbare probleem van rechtvaardigheid misschien worden opgelost. Vrede levert namelijk de rationele, minst subjectieve maatstaf ter vereffening van belangengeschillen. Ten eerste zijn in rationeel opzicht alle belangen gelijkwaardig en is welke voorkeur dan ook irrationeel. Ten tweede genieten alle subjecten liever een evenwichtige dan een onevenwichtige belangenbehartiging. De toestand dat het gewicht aan beide zijden van de weegschaal gelijk is, behoort overeenkomstig de vrede dus tot standaard genomen te worden. Een rechtsorde die vrede wil stichten, dient aan alle verscheidene en strijdende belangen zoveel mogelijk recht te doen. Door verdraagzaam te zijn,

³⁷ Citaten uit en van Pontier 1998, p. 46.

³⁸ Kelsen 1967, p. 352. Mijn cursivering.

d.w.z. mensen met andere waarden en belangen in politiek (democratie) en juridisch (hoor en wederhoor) opzicht laten meetellen, en door vreedzaam te zijn, m.a.w. conflicten tussen belangen en waarden zonder geweld maar met gezag beslechten, kan de sociale vrede en daarmee het objectieve geluk in een rechtsorde worden gewaarborgd.

Wat betreft de rechtspraak zou dit het volgende kunnen betekenen. Wanneer betrokken partijen met hun belangenconflict naar de rechter stappen, moet de laatste een zodanig 'zuivere' beslissing nemen dat belangen in kwestie in gelijke mate worden bevredigd. De rechter behoort derhalve belanghebbende partijen in hun eigen waarde te laten en er tegelijk voor te zorgen dat zij met zijn oordeel vrede kunnen hebben. In naam van de vrede dient de rechter niet de verwezenlijking van de waarde van de ene partij boven die van de andere te stellen, maar een (minnelijke) schikking te treffen welke beide partijen evenzeer tevreden stelt. De *vrede*rechter is een bemiddelaar die tussen partijen een acceptabele overeenkomst tot stand brengt, waarvoor geldt dat een dergelijk akkoord pas aanvaardbaar voor partijen kan zijn indien aan beide zijden ietwat van de eisen wordt toegegeven. Hiermee wordt niet zozeer bedoeld dat *vrede*srechtspraak tot stand wordt gebracht door 'wat water bij de wijn te doen', maar veeleer dat haar realisering afhangt van de wezenlijk *bevredigende* beslechting van het geschil. De rechterlijke opdracht is verzoenend op te treden, zodat de vrede tussen partijen weer wordt hersteld.

Kelsen brengt de relatieve waarde van sociale vrede zelfs rechtstreeks in verband met de gevestigde rechtsorde. Over verdraagzaamheid en vreedzaamheid zegt hij namelijk het volgende:

It stands to reason that no absolute tolerance can be commended by a relativistic philosophy of values; only tolerance within an established legal order guaranteeing peace by prohibiting and preventing the use of force among those subjected to the order, but no prohibiting or preventing the peaceful expression of ideas.³⁹

Uit dit citaat zou men kunnen concluderen dat hij hier slechts schrijft over een bepaalde rechtsorde die vrede onder haar subjecten waarborgt. Volgens Kelsen echter, is elke positieve rechtsorde een monopolisering van het gebruik van geweld en daarmee een normatieve dwangorde die vrede in de samenleving afdwingt en handhaaft. Zo wordt in de rechtsorde rechtmatig

39 Idem 1971, pp. 22-23.

geweld (sanctie) gebruikt teneinde onrechtmatig geweld (delict) tussen burgers tegen te gaan. Kelsen beschouwt het positieve recht daarom als:

an ordering for the promotion of peace, in that it forbids the use of force in relations among the members of the community (...). And hence one may say that law makes the use of force a monopoly of the community. And precisely by so doing, law pacifies the community.⁴⁰

Daar de maatschappij zich het alleenrecht van gebruik van rechtmatig geweld voorbehoudt, moet worden toegegeven dat het recht niet kan voorzien in een toestand van absolute vrede. Middels het recht kan enkel een toestand van relatieve vrede ontstaan, waarin het gebruik van onrechtmatig geweld in bedwang wordt gehouden. "The peace of the law is not a condition of absolute absence of force, a state of anarchy; it is a condition of monopoly of force, a force monopoly of the community",⁴¹ aldus Kelsen.

De gedachte is dat samenleven pas mogelijk is indien ieder individu zekere belangen – zoals: leven, gezondheid, vrijheid, eigendom, etc. – van ieder ander respecteert, hetgeen betekent dat iedereen ervan af behoort te zien zich met geweld in andermans belangensfeer te mengen. Welnu, door de specifieke dwangmaatregelen van het recht wordt het individu tot het nalaten van een gewelddadige verstoring van andermans belangensfeer bewogen. In geval van een dergelijke inmenging reageert de maatschappij zelf met een soortgelijke doch normatieve inmenging in de belangensfeer van het individu dat verantwoordelijk is voor de verstoring. De rechtmatige sanctie wordt dus het onrechtmatige delict toegerekend, welke toerekening voortkomt uit het idee van vergelding. In een ordeloze gemeenschap echter, waarin de bevoegdheid tot gedwongen inmenging in de belangensfeer van burgers nog niet is gemonopoliseerd, bestaat geen waarborg tegen een gewelddadige verstoring van die sfeer. In zo'n gemeenschap "there is no state of law which (...) is essentially a state of peace",⁴² aldus Kelsen.

Maar als de sociale vrede inherent is aan elke positieve rechtsorde, impliceert de uitdrukking 'vredige rechtsorde' dan welbeschouwd een herhaling van woorden? Indien *recht* onafscheidelijk verbonden is met *vrede*, zijn 'vredesrecht' en 'vrederechter' dan louter tautologieën en spreekt de rechter dan gewoon recht? Weliswaar vormt de vrede de rationele, minst subjectieve waarde van rechtvaardigheid, toch is zij niet meer dan een formele waarde

⁴⁰ Idem 2006, p. 21.

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

⁴² *Ibid.*, p. 23.

van rechtvaardigheid, *doch* om die reden – naar mijn mening – niet minder waardevol. Net als de tautologie een literaire stijlfiguur is ter intensivering van een uitdrukking, zo kan de vrede een versterkende meerwaarde van het recht zijn. Relatieve vrede bezorgt de rechtsorde, die het geweldgebruik heeft gemonopoliseerd, een rechtvaardiging van dat geweld. Daarnaast betekent sociale vrede, die door de rechtsorde wordt gegarandeerd, een minimalisering van conflicten. Het paradoxale effect is wel dat door deze waardevolle tautologie het eeuwige probleem van (materiële) rechtvaardigheid, dat door de sociale vrede in ijlte lucht lijkt te zijn opgegaan, weer even hard ter aarde wordt geworpen. Want, zo realiseert ook Kelsen zich:

‘Peace’ need not mean ‘justice’, not even in the sense of a solidarity of interests (...). The longing for peace means, as a rule, a renunciation of the original ideal of justice. Yet any conception of justice obtained by cognition will justify any state of peace as constituted by any order at all, consequently any order of positive law.⁴³

Voor de zuivere rechtstheorie is de sociale vrede het enig kenbare en rationele begrip van rechtvaardigheid, omdat dit innig samengaat met het objectieve begrip van het positieve recht. Dit neemt niet weg dat zelfs in de minst gewelddadige rechtsorde zich de meest onrechtvaardige toestanden kunnen voordoen. In de ‘onzuivere rechtspraktijk’ zal het menselijke verlangen naar (materiële) rechtvaardigheid, welk een irrationeel en subjectief ideaal blijft, daarom altijd en overal standhouden. Van de rechter zal dan ook verwacht worden dat hij in elk concreet geval juist dit overheersende verlangen in vervulling kan laten gaan. Hem rest de moeilijke taak en zware verantwoordelijkheid deze hoge verwachtingen zo ‘zuiver’ mogelijk te beantwoorden.

Het snakken naar een vredestoestand wordt dus in de praktijk overvleugeld door het rechtvaardigheidsverlangen. Niettemin is het eerste net zo primair als het snakken naar wat frisse lucht, ook al lijken wij, gewend als we zijn aan onze ‘vredige rechtsorde’, dit te vergeten en is die zo vanzelfsprekend dat we het vaak niet nodig vinden de meerwaarde ervan te expliciteren. Ook Kelsen expliciteert de morele waarde van de vrede niet altijd.⁴⁴ En toch is zijn pacifistische voorstelling van recht en rechtspraak wezenlijk in en voor zijn rechtstheorie.

43 Idem 2006a, p. 441.

44 Met uitzondering van Kelsens volkenrechtsleer, waarin hij de relatie tussen recht en vrede explicieter maakt.

3.5. Conclusie

In mijn analyse heb ik gewezen op drie paradoxale effecten van Kelsens zuivere rechtstheorie. Gezien de *schijnbare tegenstellingen*, besluit ik nu tot de *blijkbare voorstelling* van Kelsens notie van rechterlijke rechtvaardigheid. Uitgaande van zijn zuivere rechtsleer zou men zich namelijk een ‘zuivere’ vorm van rechtspleging kunnen indenken, welke aan de ‘zuiverheid’ van het rechterlijk oordeel de sociale vrede als voorwaarde zou stellen. Ik stel me zelfs voor dat Kelsen de vrede als een *conditio tacita* voor de geldigheid van de gehele rechtsorde heeft beschouwd, net zoals hij de grondnorm als *conditio per quam* en de effectiviteit als *conditio sine qua non* voor de geldige rechtsorde heeft aangezien.⁴⁵ Ofschoon in dit artikel is gebleken dat Kelsen wel op zuivere wijze over het recht spreekt maar verder zwijgt over de ‘zuivere’ wijze van rechtspreken, heb ik hier de prikkelende propositie te berde willen brengen dat zijn zuivere rechtsleer aan de ‘zuivere’ rechtspraak de stilzwijgende voorwaarde van de sociale vrede stelt. In een Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid toont de vrede zich immers als impliciete conditie voor het ‘zuivere’ oordeel. Daarmee verschijnt in Kelsens leer de ‘pacificerende rechtspraak’ als verrassend toonbeeld van de ‘zuivere’ rechtspraak,⁴⁶ met dien verstande dat de sociale vrede geen voldoende maar wel een vanzelfsprekende voorwaarde blijkt te zijn voor rechtvaardige rechtspleging. Dat dit *mutatis mutandis* ook geldt voor Kelsens begrip van de gehele rechtsorde, zal het object vormen van volgend onderzoek.

45 Idem 1967, pp. 193-214.

46 Zo is de diepste zin van Kelsens dubbele pleidooi voor enerzijds constitutionele rechtspraak in de nationale rechtsorde en anderzijds supranationale rechtspraak in de internationale rechtsorde, de verzekering van politieke en sociale vrede geweest. Cf. idem 1968c, pp. 1862-1868. Vgl. Marcic 1966, pp. 82-84.

4. Supranationale rechtspraak en vrede

Het primaat van de rechtspraak in de verzekering van de vrede*

*Ubi iudicia deficiunt incipit bellum*¹

4.1. Inleiding: zuivere kennistheorie of politieke moraal?

In 1926 houdt Hans Kelsen (1881-1973) zijn eerste voordracht aan de Haagse Academie van Internationaal Recht, getiteld: *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*.² Uit deze voordracht, gebaseerd op zijn eerste grote werk op het gebied van het volkenrecht: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*,³ blijkt reeds het ambigue karakter van Kelsens 'Zuivere Rechtsleer' in het algemeen en van zijn volkenrechtsleer in het bijzonder. De in het Vredespaleis verzamelde toehoorders moeten zich ook toen hebben afgevraagd of ze nu te maken hadden met een kennistheoretische of een moreelpolitieke lezing van het volkenrecht. Aan de ene kant verdedigt Kelsen immers een theorie die het mogelijk maakt de relaties tussen het interne en internationale recht te kennen als systematische betrekkingen tussen twee rechtsordes van één en hetzelfde rechtssysteem. Deze monistische constructie stelt de rechtswetenschapper in staat het positieve recht te (om)vatten als één geheel, dat weliswaar is samengesteld uit zowel interne als internationale rechtsnormen, maar dat toch één hiërarchisch geordend normatief systeem vormt. Aan de andere kant rechtvaardigt Kelsen echter een leer die binnen de monistische constructie het primaat legt bij het internationale recht. Vanwege de morele superioriteit van het juridisch objectivisme en

* Dit artikel is grotendeels eerder gepubliceerd in *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2, 2011, pp. 38-47, en is met toestemming van Uitgeverij Paris opgenomen in dit proefschrift.

¹ In de hal van het gebouw van de Hoge Raad is deze spreuk aangebracht. Deze spreuk, het 'motto' van de Hoge Raad, betekent vrij vertaald 'waar rechterlijke beslissingen tekortschieten, daar begint de oorlog' en is ontleend aan Hugo de Groot, *Over het recht van oorlog en vrede*, boek II, hfst. 1, par. 2. Aangezien hierin het primaat van de rechtspraak in de verzekering van de vrede goed tot uitdrukking wordt gebracht, wordt het bij dezen ook tot het motto van dit artikel gemaakt.

² Kelsen 1926; in 1932 en 1953 houdt Kelsen nog tweemaal een voordracht aan de Haagse Academie van Internationaal Recht.

³ Idem 1920.

pacifisme dat ten grondslag ligt aan een dergelijke constructie, behoort de rechtsgeleerde te kiezen voor het primaat van de internationale rechtsorde, in plaats van de soevereiniteit van de interne (nationale) rechtsorde te veronderstellen.

Alvorens ik aan het slot van deze inleiding het eigenlijke onderwerp van mijn artikel zal aansnijden, te weten het primaat van de supranationale rechtspraak binnen de internationale rechtsorde, en Kelsens argumentatie daarvoor in de hiernavolgende paragrafen verder zal beschrijven, wil ik eerst bij wijze van inleiding nog wat langer stilstaan bij de hiervoor geschetste, enigszins dubbelzinnige aard van Kelsens monistische volkenrechtsleer.⁴ Ik zal dit doen aan de hand van voornoemde voordracht uit 1926. Nadat hij in het eerste deel van de voordracht de wezenlijke identiteit van de nationale staat met de interne rechtsorde heeft bewezen⁵ en de noodzakelijke exclusiviteit van de soevereine rechtsorde heeft aangetoond,⁶ onderzoekt hij in het tweede deel de mogelijkheid en afleiding van de kennis van geldige betrekkingen tussen het interne en internationale recht. Kelsens hoofdvragen in dezen zijn namelijk: of kennis van dergelijke relaties mogelijk is, en zo ja, uit welke (interne of internationale) 'grondnorm'⁷ dergelijke kennis moet worden afgeleid.

Hoe beantwoordt Kelsen nu deze eerste hoofdvraag? Volgens hem kan men de betrekkingen tussen het interne en internationale recht op drie manieren opvatten. Indien men het interne recht en het internationale recht als twee principieel verschillende en volstrekt onafhankelijke systemen beschouwt, zal men aan de onderlinge relaties een fundamenteel dualisme toeschrijven. Kent men daarentegen een zekere eenheid toe aan de wederzijdse betrekkingen tussen de interne en internationale rechtsorde, dan zal men het geheel als een universeel systeem opvatten. Deze laatste, monistische constructie sluit wederom twee varianten in, naargelang men het primaat verleent aan de interne dan wel de internationale rechtsorde.⁸ Maar is kennis van de onderlinge relaties tussen het interne en internationale recht wel mogelijk op grond van de eerste, dualistische constructie?

4 Voor (kritische) literatuur over Kelsens volkenrechtsleer en zijn monisme verwijs ik naar o.a. de volgende twee boeken: Bernstorff 2001 en Rub 1995 en de volgende drie artikelen: Starke 1998, Hart 1998 en Öhlinger 2005.

5 Kelsen 1926, p. 247.

6 *Ibid.*, p. 259.

7 De grondnorm is een kernbegrip in Kelsens Zuivere Rechtsleer. Als transcendentiaal-logische hypothese vormt zij de formele geldigheidsgrond van een normatieve rechtsorde en constitueert zij de logische eenheid daarvan, zie Kelsen 1967, pp. 193-221.

8 *Idem* 1926, p. 275.

Kelsen laat de logische onmogelijkheid ervan zien door op de absurde consequenties van het dualisme te wijzen. De belangrijkste hiervan zijn: ten eerste, de ontkenning van de juridische aard van het internationale recht; ten tweede, de negatie van het juridisch karakter van vreemde, 'externe' staten; en, ten derde, de onmogelijkheid van juridische verplichting en beperking van interne rechtsordes door de internationale rechtsorde.⁹ Kelsens argumentatie tegen deze dualistische constructie vloeit in feite voort uit zijn neo-Kantiaans kennis theoretisch uitgangspunt dat de eenheid van het onderzoeks- en kennisobject als noodzakelijk epistemologisch postulaat stelt.¹⁰ Voor de rechtswetenschap betekent dit dat zij het recht pas op zuivere wijze kan onderzoeken en kennen naarmate zij aan dit eenheidspostulaat kan voldoen, naarmate het haar lukt het gehele recht als één systeem te (be)vatten.¹¹ De noodzakelijke eenheid van het rechtssysteem als object van wetenschap dwingt Kelsen in zijn volkenrechtsleer tot het juridisch monisme.¹² Derhalve kan, wat betreft Kelsens argumentatie voor deze monistische constructie, in de woorden van Andreas Jakab worden gezegd: "Der Monismus ist in der Völkerrechtslehre Kelsens also eindeutig erkenntnistheoretisch und nicht politisch motiviert."¹³

Kennis van geldige betrekkingen tussen de interne en internationale rechtsorde is dus slechts mogelijk, indien men bij haar opbouw uitgaat van de noodzakelijke eenheid van een allesomvattend hiërarchisch geordend rechtssysteem. Aangenomen dat de kennisconstructie van het recht onvermijdelijk monistisch moet zijn, is de volgende hoofdvraag die Kelsen zich stelt: Op welk een fundament dient een dergelijke constructie te steunen? Moet het universele rechtssysteem op grond van het interne dan wel internationale recht worden opgebouwd? Of men nu bij het interne of bij het internationale recht het primaat legt, epistemologisch gezien zijn beide monistische grondhypothesen mogelijk. Indien men de suprematie (en daarmee de exclusieve soevereiniteit) aan één nationale rechtsorde verleent, kiest men voor de grondnorm van dat interne recht, waaruit de geldigheid en de ondergeschiktheid van niet alleen het internationale recht maar ook het recht van alle overige staten wordt afgeleid. Geeft men de voorkeur voor de grondnorm van het internationale recht, dan legt men de suprematie (en daarmee de exclusieve soevereiniteit) bij één internationale

9 *Ibid.*, pp. 276-280.

10 Jakab 2008, p. 194.

11 Zolo 1998, pp. 306-307.

12 Kelsen 1926, p. 289.

13 Jakab 2008, p. 195.

rechtsorde, waaruit de geldigheid en de onderworpenheid van alle nationale rechtsordes wordt opgemaakt. Kelsen heeft het hier letterlijk over 'meta-juridische voorkeuren', omdat de kennistheoretische waarde van deze twee juridische grondhypothesen gelijk is en de rechtswetenschap zelf op dit terrein geen keuze kan noch mag maken.¹⁴ Kennelijk kan en mag de Zuivere Rechtsleer dat wel, want Kelsen spreekt zijn voorkeur in de conclusie van zijn voordracht expliciet uit.

In tegenstelling tot de kennistheoretische verdediging van de monistische constructie van het rechtssysteem, is de rechtvaardiging van het primaat van het internationale recht met name moreelpolitiek van aard.¹⁵ Daar waar de grondnorm in de Zuivere Rechtsleer niet meer dan een theoretische veronderstelling is en het veronderstellen ervan een praktische, individuele en niet-noodzakelijke beslissing, daar is ook het primaat in de volkenrechtsleer slechts een theoretische aanname en het aannemen ervan een praktisch, persoonlijk en niet-noodzakelijk besluit.¹⁶ "Dieses Element der Völkerrechtslehre Kelsens ist also eindeutig (von Kelsen kenntlich gemacht) politisch",¹⁷ aldus Jakab. Maar wat maakt Kelsen over dit besluit precies kenbaar? Naar zijn idee liggen aan beide consequente doch conflicterende juridische hypothesen niet alleen twee tegenstrijdige kennistheoretische *Weltanschauungen*, maar ook twee tegengestelde moreelpolitieke *Lebensanschauungen* ten grondslag.¹⁸ De keuze voor de ene of de andere grondhypothese wordt uiteindelijk bepaald door deze meta-juridische wereld- en levensbeschouwingen die in het persoonlijk karakter van een kennend en willend individu geworteld zijn.¹⁹ Zo kan de suprematie van het interne recht enerzijds herleid worden tot een subjectivistische kennistheorie (*Weltanschauung*). Het subjectivisme vertrekt namelijk vanuit het subject om kennis te nemen van de wereld. De these van het primaat van de nationale rechtsorde is daarom 'staatssubjectivisme'. Als vertrekpunt van de constructie wordt de eigen staat van de theoreticus tot soeverein centrum van de wereld gemaakt. Maar deze these kan geen andere staten dan de eigen staat als gelijke en daarmee eveneens soevereine rechtssubjecten beschouwen, want de soevereiniteit van die éne staat sluit de soevereiniteit

14 Kelsen 1926, p. 313.

15 Zolo 1998, pp. 308-309.

16 Mijns inziens is verdedigbaar dat aan de theoretische hypothesen in Kelsens rechtsleer zelfs een stilzwijgende moreelpolitieke (voor)waarde ten grondslag ligt, nl. die van de 'sociale vrede', zie Notermans 2008, p. 67 (dit proefschrift, hfst. 3, p. 72); zie ook Carrino 1991.

17 Jakab 2008, p. 196.

18 Kelsen 1926, p. 321.

19 Jabloner 1997, pp. 64-65; zie Kelsen 1926, pp. 323-324.

van alle andere staten uit. Het ultieme gevolg van het primaat van het interne recht is 'staatssoolipsisme' dat eindigt in de ontkenning van het recht (van andere staten) in het algemeen en van het internationale recht in het bijzonder. Daarentegen gaat het objectivisme uit van de wereld als geheel om het individuele subject te beschouwen. De these van het primaat van het internationale recht is daarom 'wereldobjectivisme'. De theoreticus kan alle staten als gelijke rechtssubjecten (er)kennen door als uitgangspunt van de constructie de objectieve wereldorde te nemen, waarin zij alle als delen bestaan en geen van alle als soevereine centra van het geheel. Deze these kan de staten immers slechts dan als gelijke beschouwen, indien zij verondersteld worden niet tevens soeverein te zijn. De uiteindelijke consequentie hiervan is dat het primaat en daarmee de soevereiniteit uitsluitend wordt toegekend aan een suprême wereldgemeenschap, de zogenoemde *civitas maxima*.²⁰

Anderzijds kan de suprematie van het interne recht, volgens Kelsen, teruggebracht worden tot een imperialistische politieke moraal (*Lebensanschauung*). Zoals subjectivisme verwant is aan egoïsme, zo is ook de rechtstheorie van het primaat van de nationale rechtsorde gepaard aan het imperialisme dat in wezen een vorm van 'staatsegoïsme' inhoudt. De staat, met een aan geen hoger rechtsgezag ondergeschikte macht, (er) kent namelijk geen hogere juridische beperkingen dan die hij zichzelf heeft opgelegd. Het streven naar (gewelddadige) expansie van het eigen grondgebied, ten koste van dat van andere, wordt door het imperialisme dan ook als een tweede natuur van de staat zelf beschouwd. Daarentegen is de objectivistische rechtstheorie van het primaat van de internationale rechtsorde gerelateerd aan het pacifisme dat in essentie een vorm van 'werelduniversalisme' impliceert. De wezenlijke functie van een universele wereldrechtsorde, waaraan alle staten gelijkelijk onderworpen zijn, bestaat juist in een zodanige juridische afbakening van het grondgebied van staten dat elke (gewelddadige) overtreding van die territoriale sfeer als onrechtmatig wordt gezien.²¹ Omwille van deze 'morele superioriteit' van het juridisch objectivisme en pacifisme, kiest Kelsen openlijk voor de rechtsconstructie onder het primaat van het internationale recht. En behalve die keuze, wordt door 'deze ethische positivist' – zoals Kelsen treffend door Agustin Ferraro is gekarakteriseerd – de realisering van de *civitas maxima* (een soort wereldstaat) uitgeroepen tot het 'hoogste morele

20 Kelsen 1926, pp. 322-323; Kelsen leent de notie van *civitas maxima* openlijk van Christian Wolff, misschien wel de meest invloedrijke natuurrechtsfilosoof van de achttiende eeuw; zie Leben 2001.

21 Kelsen 1926, pp. 324-325.

ideaal' van welke politiek dan ook.²² In Kelsens eigen slotwoorden van zijn voordracht: "Et c'est cette organisation du monde en un État universel qui doit être le but ultime, encore lointain d'ailleurs, de tout effort politique."²³

Ondanks Kelsens latere, schijnbaar zuivere en neutrale standpunt in dezen, zoals in zijn laatste grote werk op het gebied van het volkenrecht: *Principles of International Law*, waarin hij zelf geen morele kleur meer bekent en de jurist zelf de politieke keuze laat²⁴, blijft hij in zijn gehele oeuvre een impliciet – en soms zelfs expliciet – juridisch objectivisme en met name pacifisme verkondigen. Vooral van 1933 (het jaar waarin Kelsen door het Naziregime van zijn leerstoel in Keulen wordt ontheven) tot 1944 (het jaar waarin zijn boek met de veelzeggende titel: *Peace through Law* verschijnt)²⁵ spant hij zich door middel van vele geschriften in voor een effectievere verzekering van de internationale vrede.²⁶ Het feit dat Kelsen het recht als middel bij uitstek aanmerkt om het doel van die vrede te bereiken, is – gezien de traditie lopend van Hobbes tot Kant – nog niet zo heel vernieuwend. Maar, om dan eindelijk met het eigenlijke onderwerp van mijn artikel te beginnen, de primaire en centrale rol die Kelsen toekent aan de supranationale rechtspraak om de vrede te garanderen, is wel zeer origineel.²⁷ Nu de wereld- en levensbeschouwelijke fundamenteën van Kelsens volkenrechtsleer zijn geschetst, wil ik in het hiernavolgende de rechtstheoretische en rechtspolitieke implicaties van zijn juridisch objectivisme en pacifisme voor het voetlicht brengen. Ik beperk me daarbij echter tot zijn – onvermijdelijk gekleurde, vaak tegen hem gebruikte, want 'onzuivere', doch niet minder waardevolle – pleidooi van vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog voor het primaat van de rechtspraak binnen de wereldrechtsorde. Dat zijn eigenaardige pleidooi ook thans erg actueel en relevant is, blijkt reeds hieruit dat het naoorlogse VN-systeem van vredeshandhaving nog altijd weinig bevredigend werkt en dat de bestaande verbeteringsplannen vaak niet verder gaan dan de versterking van de positie van de Veiligheidsraad,²⁸ de huidige weinig doeltreffende 'handhaver van

22 Ferraro 2002.

23 Kelsen 1926, p. 326.

24 Idem 1952, pp. 444-447.

25 Bersier Ladavac 1998, pp. 391-392.

26 In 1934 en 1936 wordt Kelsen voor zijn werk zelfs tweemaal genomineerd voor de Nobelprijs voor de Vrede, zie: www.nobelprize.org/nomination/archive.

27 Zolo 1998, p. 314.

28 Zie voor de hervormingsplannen van de VN tot nu toe o.m. de volgende sites: www.un.org/en/strengtheningtheun/index.shtml; www.reformtheun.org; www.centerforunreform.org; en www.globalpolicy.org/un-reform.html.

de wereldvrede'. In Kelsens betoog, dat is verspreid over vele geschriften²⁹ en onderbouwd met meerdere argumenten,³⁰ onderscheid ik evenwel drie hoofdargumenten die pleiten voor de supranationale rechter als hoeder van de internationale vrede, te weten: een evolutionair (par. 2), een technisch (par. 3) en een moreelpolitiek (par. 4) argument. In mijn conclusie (par. 5) keer ik terug naar een vroegere studie van Kelsen uit 1928, waarin het primaire belang van supranationale rechtspraak nog eens wordt onderstreept door een vergelijking met de constitutionele rechter als hoeder van de interne (nationale) vrede.

4.2. Evolueren en centraliseren

Op grond van het eerste, evolutionaire argument betoogt Kelsen dat de internationale rechtsorde een ontwikkeling doormaakt analoog aan die van de nationale rechtsorde en dat deze analogie aannemelijk maakt dat de centralisatie van rechtsprekende organen voorafgaat aan die van uitvoerende en wetgevende organen. De reden waarom Kelsen zich heeft geïnteresseerd in deze evolutie van het internationale recht is juist gelegen in zijn zoektocht naar een meer doeltreffende garantie van de wereldvrede, die zoals bekend is vanaf 1933 steeds meer wordt bedreigd. In 1935, een jaar na de verschijning van de eerste editie van zijn rechtstheoretisch hoofdwerk: de *Reine Rechtslehre*,³¹ publiceert Kelsen een rechtspolitiek werkje: *The Legal Process and International Order*, waarin hij die rechtsevolutie tracht aan te tonen. Dat hij deze ontwikkeling van de internationale rechtsorde niet wil rechtvaardigen met een beroep op het natuurrecht, blijkt wel uit het volgende citaat:

There is no greater delusion than to imagine that the value and significance of international organisation is enhanced by attributing to it

29 Zo verspreide hij zijn betoog nog over o.m. de volgende artikelen, die qua inhoud overlappen met de hier door mij gebruikte geschriften: Kelsen 1941, 1941a, 1943a, 1943b, 1944a en 1944b.

30 Zo onderbouwde hij zijn betoog nog met o.a. de volgende argumenten, die qua belang ondergeschikt zijn aan de hier door mij onderscheiden hoofdargumenten: a. doctrine van de rechtvaardige oorlog, b. aanvaardbaarheid van het rechterlijk meerderheidsbesluit, c. principe van de soevereine gelijkheid van staten, d. dynamische openheid van het rechtssysteem, en e. juridische beslechting van politieke geschillen.

31 Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; onder de titel *Reine Rechtslehre* verschijnt in 1960 de tweede, volledig herziene en uitgebreide editie van dit hoofdwerk.

a moral and not a legal character. In the interests of peace it is better to speak of international right than – as only too often happens – to hold forth about a nebulous justice, and then to neglect the development of an international law which is still in its infancy.³²

In het vervolg zal duidelijk worden dat de volwassenwording van het internationale recht in Kelsens ogen, zo niet als een *natuurrechtelijke*, dan toch als een *natuurlijke* evolutie van het recht kan worden gezien. De politiek kan dit natuurlijke proces vanwege de ‘sociaal technische’ aard van het recht weliswaar een handje helpen door de bestaande internationale orde geleidelijk aan te hervormen: “to shape a legal reality which from a certain point of view – that of the ideal of peace – is regarded as an improvement upon the present state”,³³ maar dan dient deze politieke hervorming wel die stapsgewijze ontwikkeling door te maken die voortvloeit uit de natuur van het recht zelf. Het eerste op te lossen probleem is dus van theoretische, niet van politieke aard: “to understand the nature and analyze the structure of the actually prevailing system of norms called international law.”³⁴ Het komt erop aan de eigenlijke functie en wezenlijke eigenschap van het huidige internationale recht vast te stellen teneinde de ontwikkelingsmogelijkheden ervan scherper te kunnen omlijnen.³⁵

Welnu, deze theoretische analyse toont volgens Kelsen aan dat de verzekering van de vrede de eigenlijke functie van het recht is. Net als in zijn Zuivere Rechtsleer, definieert hij in *The Legal Process and International Order* de rechtsorde als een immanente sociale dwangorde: “All law is in essence a system of compulsion.”³⁶ In vergelijking met de moraal en de religie is het recht een sociale orde, met andere woorden een ordening van menselijke gedragingen, bedoeld om individuen van een gemeenschap een bepaald gedrag te laten aannemen. In tegenstelling tot de moraal die berust op vrijwillige gehoorzaamheid en de religie die gebaseerd is op vrees voor een transcendente sanctie, dwingt het recht de subjecten tot gehoorzaamheid door middel van een immanente, sociaal georganiseerde sanctie. Aangezien alleen de rechtsorde een dergelijke sanctie gebruikt als middel om individuen van een gemeenschap een bepaald gedrag te doen

32 Idem 1935, p. 11.

33 Idem 1942, pp. 1-2.

34 *Ibid.*, p. 1.

35 Pfersmann 1993, p. 773.

36 Kelsen 1935, p. 12.

respecteren, kan de sociaal georganiseerde sanctie als onderscheidend criterium van het recht worden gehanteerd.³⁷

De ‘sanctie’ als wezenlijke eigenschap van het recht wordt door Kelsen als volgt omschreven: “A socially organized sanction is an act of coercion directed by an individual determined by the order, in a manner determined by the order, against an individual responsible for conduct contrary to the order.”³⁸ De sanctie is een reactie van de rechtsorde op de gedraging die inbreuk maakt op die rechtsorde, welke gedraging door Kelsen het ‘delict’ wordt genoemd. De rechtsorde bepaalt derhalve onder welke voorwaarden, door en tegen welke individuen dwang kan worden uitgeoefend. Anders gezegd: het recht schrijft voor in welke gevallen, door en tegen wie geweld kan worden gebruikt. Aldus stelt het recht ons in staat het gebruik van geweld door individuen van een gemeenschap in twee categorieën onder te brengen: aan de ene kant de *sanctie* als door het recht gemachtigd geweld, toegepast door exclusief daartoe bevoegd verklaarde individuen; aan de andere kant het *delict* als niet door het recht geautoriseerd geweld, gebruikt door niet speciaal daartoe gerechtigde individuen.³⁹

Het paradoxale is dus dat de rechtsorde geweld toepast om het gebruik van geweld in de gemeenschap te voorkomen. Deze schijnbare tegenstelling wordt opgeheven zodra men inziet dat het recht in wezen een ordening vormt ter bevordering van sociale doch *relatieve* vrede. Immers, de rechtsorde verbiedt het gebruik van geweld gewoonlijk als delict, maar staat het in bepaalde gevallen voor bepaalde individuen uitzonderlijk toe als sanctie. De individuen die door de rechtsorde bevoegd zijn verklaard tot het toepassen van geweld – de sanctie –, handelen in dergelijke gevallen in naam van die rechtsorde, oftewel in hoedanigheid van – zoals Kelsen het noemt – ‘orgaan van de gemeenschap’. Alleen deze individuen, die fungeren als orgaan van de gemeenschap, zijn gerechtigd tot het gebruik van geweld. Zodoende wordt het toepassen van geweld voorbehouden aan de gemeenschap en wordt het geweldsmonopolie gevestigd in het belang van die gemeenschap. Zo kan het recht de vrede verzekeren, waardoor echter niet alle geweld wordt uitgesloten, zoals Kelsen benadrukt:

Peace is a condition in which there is no use of force. In this sense of the word, the law provides only relative peace, in that it deprives the individual of the right to employ force but reserves it to the community.

37 Tournaye 1995, pp. 8-9.

38 Kelsen 1942, p. 10.

39 Tournaye 1995, p. 10.

The peace of the law is not a state of absolute absence of force, a state of anarchy, but rather is a state of monopoly of force, a monopoly of force by the community.⁴⁰

Deze enkelvoudige – enkel rondom het criterium van de sanctie gevormde – definitie van het recht als sociale dwangorde is flink bekritiseerd en vervangen door op het eerste gezicht meer bevredigende definities. Bijvoorbeeld door het meervoudige rechtsconcept van Hart: *law as the union of primary and secondary rules*, dat hem in staat stelt onderscheid te maken tussen niet alleen de dwingende ‘primaire’ regels maar ook de bevoegdheid verlenende ‘secundaire’ regels.⁴¹ Niettemin lijkt het mij, in lijn met Cécile Tournaye⁴² en Charles Leben,⁴³ de moeite waard om Kelsens stipulatieve definitie over te nemen en zijn evolutionaire argumentatie nader te onderzoeken. Het sanctiecriterium stelt Kelsen namelijk in staat onderscheid te maken tussen de ‘primitieve’ internationale rechtsorde enerzijds en de ‘ontwikkelde’ interne rechtsorde anderzijds (beide deel uitmakend van één universele rechtsorde), welke ordes in mindere respectievelijk meerdere mate zijn geslaagd in de handhaving van de vrede.

Volgens Kelsen is het internationale recht een rechtsorde in dezelfde zin van het woord als het interne recht, aangezien het kan worden gedefinieerd als een immanente sociale dwangorde, een orde die voorziet in sociaal georganiseerde sancties in geval van overtreding van haar normen. Het enige verschil is dat het recht sinds de opkomst van de moderne staat op het interne (statelijke) niveau de nationale gemeenschap in principe heeft weten te pacificeren, enige uitzonderingen daargelaten: “except under certain extraordinary conditions such as revolution or civil war, the employment of force has been effectively eliminated from the relations between citizens and reserved for a central organ authorized to use force only as a reaction against illegal acts.”⁴⁴ Maar tot op heden is de toestand op het internationale (interstatelijke) niveau verre van bevredigend en blijft de vraag hoe het gebruik van geweld in de relatie tussen staten kan worden voorkomen, en in het ideale geval zou kunnen worden geëlimineerd zodat ook de internationale gemeenschap door het recht kan worden gepacificeerd, even actueel en belangrijk als in Kelsens onrustige dagen.

40 Kelsen 1942, p. 12.

41 Hart 1997, pp. 79-99; zie Bull 1986, p. 323.

42 Tournaye 1995, p. 11.

43 Leben 1998, p. 288.

44 Kelsen 1942, p. 27.

Vergeleken met de reeds ontwikkelde interne rechtsorde is de internationale rechtsorde nog primitief en minder effectief in haar vredeshandhavende functie. Hoewel de internationale rechtsorde in haar eigenlijke functie zwaar tekortschiet, hetgeen te wijten is aan haar sterk gedecentraliseerde structuur, trekt Kelsen haar juridische karakter allesbehalve in twijfel.⁴⁵ Met zijn stelling dat het verschil tussen het interne en internationale recht niet essentieel maar slechts gradueel van aard is, zet hij zich onder meer af tegen het positivistische rechtsbegrip van Austin: *law as the command of the sovereign*, dat het internationale 'recht' hooguit karakteriseert als *positive international morality*, daar het een soeverein mist die sancties kan opleggen aan de staten die elkaars rechten schenden en de vrede verstoren.⁴⁶

Waar meerdere auteurs het juridische karakter van het internationale recht betwijfelen omdat het niet of nauwelijks beschikt over centraal georganiseerde sancties met een daarbij behorende centrale overheid (een soeverein), daar betoogt Kelsen dat het internationale recht wel degelijk de beschikking heeft over sancties als wezenlijke eigenschap van het recht. Zou dit anders zijn, zo stelt hij: "it would mean that the development of international organisation had not reached the first step which – on the pattern of the development of the State – is necessary in order to attain a state of peace."⁴⁷ Weliswaar voorziet het internationale recht niet in de nationale civiel-, straf- of bestuursrechtelijke sancties, maar de specifieke sancties van het internationale recht, namelijk 'represailles' en 'oorlog', zijn wel volledig analoog aan die van het interne recht. In afwijking van de interne rechtsorde is de organisatie van deze primitieve sancties in de internationale rechtsorde echter nog grotendeels gedecentraliseerd. En juist deze gedecentraliseerde structuur maakt het bereiken van de vredestoestand zoals die over het algemeen in individuele staten heerst, moeilijk om niet te zeggen onmogelijk. Maar als we Kelsens evolutionaire argumentatie mogen geloven, volgens wie de internationale rechtsorde een ontwikkeling doormaakt analoog aan die van de interne rechtsorde, dan gloort er mogelijk nog hoop aan de horizon. Een vergelijkende analyse van de structuur van het internationale recht met dat van het interne recht is daarom hoog nodig om ons van zijn argumentatie te kunnen overtuigen.⁴⁸

45 Tournaye 1995, pp. 14-15.

46 Leben 1998, p. 288; Bull 1986, p. 322; Zolo 1998, p. 309.

47 Kelsen 1935, p. 12.

48 Zie voor enige kritiek op Kelsens vergelijkende analyse vanwege zijn te beperkte, slechts op de staat en het geweld gebaseerde, definitie van recht: Rigaux, 1998, pp. 325-344.

Terwijl in de interne rechtsorde het geweldsmonopolie is gecentraliseerd doordat het wordt uitgeoefend door gespecialiseerde organen, vertoont het huidige internationale recht nog een gedecentraliseerde structuur zowel ten aanzien van de schepping als de toepassing van het recht. Voor wat betreft de methode van *rechtsschepping* beschikt het, in tegenstelling tot het interne recht, namelijk niet over een centraal wetgevend orgaan. Het internationale recht komt immers voornamelijk langs gewoonterechtelijke weg tot stand, welke weg een bij uitstek gedecentraliseerde methode van rechtsschepping vormt. Op dezelfde wijze is de procedure van *rechtstoepassing* in de internationale rechtsorde gedecentraliseerd, niet alleen bij de vaststelling van het delict maar ook bij de executie van de sanctie. Niet een centraal orgaan boven de conflicterende staten, maar de staten zelf bepalen namelijk of sprake is van een delict en, zo ja, welke sanctie daarop moet volgen. Deze functies liggen dus in handen van de afzonderlijke leden van de internationale gemeenschap, de individuele staten, terwijl in de interne rechtsorde de uitoefening van deze twee functies behoort tot gecentraliseerde organen, waarbij de eerste taak rust op de rechtsprekende macht en de tweede op de uitvoerende macht.⁴⁹ Kort gezegd, aldus Hedley Bull: "Whereas in domestic law, the compulsion is supplied by a central authority, in international law it is supplied by the member states of international society, operating under a system of self-help."⁵⁰

Dit door Kelsen ook wel als *vendetta* getypeerde systeem, dat de elementaire rechtstechniek van bloedwraak of eigenrichting gebruikt, is kenmerkend voor alle primitieve rechtsordes, waaruit het interne recht van de moderne staat ooit is voortgekomen en waaraan het op effectieve wijze een einde heeft gemaakt. Op een vergelijkbare manier, zo mogen we volgens Kelsen verwachten, zal ook het internationale recht zich uiteindelijk uit dit primitieve stadium verder ontwikkelen, waarbij we vooral moeten beseffen:

that it is a question of progress in legal technique, and that this progress is bound up with a development step by step that proceeds from the very nature of law, one which law has already gone through at an earlier period – within the framework of the legal system of the individual State.⁵¹

Op dit punt van de argumentatie deinst Kelsen er zelfs niet voor terug om, naast het noemen van deze analoge sociaalhistorische wetmatigheden, ook

49 Tournaye 1995, pp. 20-22.

50 Bull 1986, pp. 324-325.

51 Kelsen 1935, pp. 15-16.

een voorzichtige parallel te trekken met biogenetische grondprincipes.⁵² Het springende punt van zijn evolutionaire argument is nochtans dat de centralisatie van de rechtsprekende functie voorafgaat aan de overige juridische functies.⁵³ Deze stelling wordt nog sterker onderbouwd door het technische argument dat in de volgende paragraaf aan de orde komt.

4.3. Techniek en dynamiek

Op basis van het tweede, technische argument, dat samenhangt met het evolutionaire argument, tracht Kelsen aan te tonen dat in de rechtsdynamiek de functie van rechtspraak niet alleen evolutionair voorafgaat aan maar ook technisch voorrang heeft boven die van wetgeving en uitvoering, waardoor het primaat van de supranationale rechtspraak verder aannemelijk wordt gemaakt. In de periode tussen de twee wereldoorlogen, waarin Kelsen zijn meest door pacifisme gekleurde volkenrechtelijke werken schreef, lag het primaat van de in 1919 gestichte Volkenbond bij de Raad van de (niet-)permanente leden. Tegenwoordig is het oppergezag van de in 1945 opgerichte Verenigde Naties nog steeds gelegen bij een vergelijkbaar orgaan van de (niet-)permanente leden, te weten de Veiligheidsraad. Beide volkenrechtelijke organisaties met als belangrijkste doelstelling de handhaving van de internationale vrede en veiligheid zijn er jammer genoeg toen en nu niet in geslaagd die wereldvrede doeltreffend te garanderen. Kelsen laat echter zien dat een hervorming van de internationale rechtsorde nodig, mogelijk en zelfs onvermijdelijk is, omdat het een proces betreft dat inherent is aan de techniek van het recht. En bij die hervorming fungeert de interne rechtsorde, zoals gezegd, als toonbeeld van effectiviteit. Of zoals Kelsen het zich voorstelt: “Faced with the task of consciously developing the technique of international law, we are in the happy position, as it were, of having a pattern in the evolution of the legal system of the individual State.”⁵⁴ Die interne rechtsorde vertoont een ontwikkelingspatroon van continue centralisatie: een sociaalhistorisch proces dat zijn oorzaak vindt in verregaande arbeidsdeling en toenemende specialisatie waardoor de verschillende, oorspronkelijk aan alle leden van de gemeenschap toekomende, functies

52 *Ibid.*, pp. 16-17; bedoeld wordt de tegenwoordig te simplistisch bevonden biogenetische grondwet van Ernst Haeckel (1834-1919), Duits filosoof/bioloog en aanhanger van Darwin; zie Kelsen 1942, pp. 148-149.

53 Jabloner 1997, pp. 61-62.

54 Kelsen 1935, p. 17.

geleidelijk – en tenslotte uitsluitend – worden toebedeeld aan enkele daartoe gespecialiseerde organen. Aan deze sociaalhistorische wetmatigheid, welke bijvoorbeeld ook in de economie is terug te zien, kan het recht dus evenmin ontsnappen.⁵⁵ Niet alleen legt het voorbeeld ter navolging van de interne rechtsorde van die natuurlijke rechtsevolutie getuigenis af, maar Kelsens analyse van die evolutie legt bovendien de met de techniek van het recht verbonden stappen aan de dag die de internationale rechtsorde zou moeten doorlopen. Deze stappen zullen zo dadelijk worden besproken.

Na ontheffing van zijn leerstoel in Keulen en pogingen zijn werk elders in Europa voort te zetten (in Genève en Praag), emigreert Kelsen – na politieke en antisemitische bedreigingen aan zijn adres – rond het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog definitief naar de Verenigde Staten.⁵⁶ In de jaren 1940-1941 houdt hij een zestal voordrachten (*The Oliver Wendell Holmes Lectures*) aan de Harvard Law School, getiteld: *Law and Peace in International Relations*. Aan het slot van de vierde voordracht wendt hij zich tot de vraag van politieke hervorming: “How can peace among states be secured within the framework and by means of the specific technique of international law?”⁵⁷ Om Kelsens antwoord op deze vraag – stapsgewijze hervorming van de internationale rechtsorde waarbij centralisatie van de rechtspraak de eerst nodige stap vormt – te kunnen begrijpen, is zijn onderscheid tussen statische en dynamische centralisatie van belang. Enerzijds is er centralisatie in *statische* zin indien alle, althans de meeste en belangrijkste, normen van een rechtsorde geldig zijn op het gehele grondgebied van die rechtsgemeenschap, in die zin dat het grootst mogelijk aantal kwesties op uniforme wijze wordt geregeld voor alle in dat gebied wonende individuen. “By such regulation”, aldus Kelsen, “there is constituted among the individuals a community of interests by which the outbreak of conflicts among them is relatively restricted.”⁵⁸ Anderzijds is er centralisatie in *dynamische* zin, waardoor statische centralisatie als middel ter beperking van conflicten doeltreffender wordt gegarandeerd, indien de rechtscheppende functie is gecentraliseerd door de aanstelling van een centraal wetgevend orgaan dat bevoegd is tot het scheppen van algemene normen voor de gehele rechtsgemeenschap waartoe alle individuen behoren. Hoe groter het aantal kwesties dat het centraal wetgevend orgaan kan regelen, hoe groter de mate van statische centralisatie kan zijn, des te groter kan het aantal en het belang

55 Tournaye 1995, p. 27; zie Jabloner 1997, p. 60.

56 Bersier Ladavac 1998, pp. 391-392.

57 Kelsen 1942, p. 122.

58 *Ibid.*, pp. 123-124.

van geldige rechtsnormen op het gehele grondgebied zijn. Nog effectiever dan door centralisatie van de rechtscheppende functie, wordt de vrede echter verzekerd door dynamische centralisatie van de recht toepassende functie, dat wil zeggen door de vestiging van centrale rechtsprekende organen ter beslechting van de individuele conflicten tussen de verschillende leden van de gemeenschap en door de concentratie van de geweldsmiddelen in handen van een centraal uitvoerend orgaan dat gerechtigd is tot het toepassen van de sancties.⁵⁹

Waarom is – uitgaande van deze noties van statische en dynamische centralisatie als middel ter verzekering van de vrede – de realisering van een soort universele wereldstaat (in federale of confederale vorm) dan toch niet hét antwoord op de zojuist gestelde vraag van politieke hervorming? Ofschoon Kelsen aan het eind van de vijfde voordracht niet onder stoelen of banken steekt dat hij dit ideaal als zodanig wel accepteert en het bereiken van dit doel niet als onmogelijk beschouwt, acht hij – realist als hij tevens is – het toch onwaarschijnlijk dat de individuele staten ‘van de ene dag op de andere’ een dergelijke wereldstaat zullen vormen. Meer dan waarschijnlijk acht hij daarentegen een lange en trage ontwikkeling in die richting,⁶⁰ een stapsgewijze rechtsevolutie (“nature makes no jumps, and neither can law”), waarin geen aan de natuurlijke techniek van het recht inherente stappen mogen worden overgeslagen. De laatste voordracht staat dan ook in het teken van de beslissende vraag wat dan wel de eerstvolgende door de techniek van het recht bepaalde stap behoort te zijn op weg naar een wereldgemeenschap waarin de vrede doeltreffender kan worden gehandhaafd.⁶¹

De evolutie van de interne rechtsorde toont ons het pad die de hervorming van de internationale rechtsorde zou moeten bewandelen. Heden ten dage belichaamt de individuele staat immers de reeds volgroeide rechtsorde waarin de vrede het meest effectief wordt gehandhaafd en het proces van centralisatie het verst is gevorderd. Maar ook op het interne (pre-statelijke) niveau was er in het begin volledige decentralisatie. De interne rechtsorde bevond zich aanvankelijk in eenzelfde gedecentraliseerde toestand als de internationale rechtsorde van vandaag (en gisteren). Het interne recht kwam langs gewoonterechtelijke weg tot stand en elk subject bepaalde zelf of sprake was van een delict en, zo ja, welke sanctie daarop moest volgen. De laagste graad van collectieve veiligheid werd gewaarborgd door de elementaire rechtstechniek van bloedwraak of eigenrichting. De internationale

59 *Ibid.*, pp. 124-125; zie idem 1937, pp. 210-239.

60 Zolo 1998, p. 313.

61 Kelsen 1942, p. 144.

rechtsorde ten tijde van de Volkenbond bevond zich feitelijk ook in dit laagste stadium van 'private rechtspleging'. Weliswaar werd een lidstaat die inbreuk maakte op het Handvest van de Volkenbond⁶² en zijn toevlucht nam tot oorlog "ipso facto be deemed to have committed an act of war against all other Members of the League" (art. 16 Handvest). Maar ondanks eventuele voorafgaande onderwerping van het onderliggende conflict hetzij aan een Arbitragehof hetzij aan de Raad (art. 12 jo. 13/15 Handvest), waren het toch de lidstaten zelf, en niet een centraal orgaan, die het al dan niet bestaan van een dergelijke inbreuk konden vaststellen. Indien naar hun eigen oordeel sprake was van een inbreuk, waren de lidstaten zelf bevoegd tot het nemen van passende maatregelen tegen de staat die tot oorlog was overgegaan. Het Handvest verplichtte hen daartoe niet en de Raad had ter zake slechts een adviserende rol.⁶³

Nu is, zoals gezien, dynamische centralisatie een doeltreffender middel ter beperking van conflicten dan statische centralisatie en is centralisatie van de recht toepassende functie een nog effectiever middel ter verzekering van de vrede dan die van de rechtscheppende functie. Op het interne niveau werd de primitieve techniek van private rechtspleging daarom geleidelijk ingeperkt en uiteindelijk weggewerkt door een continue centralisatie van de procedure van rechtstoepassing. Kelsens verrassende 'ontdekking' dat – in de woorden van Otto Pfersmann – "la première étape de la centralisation n'est ni législative ni exécutive, mais juridictionnelle",⁶⁴ dat in de dynamiek van de recht toepassende functie dus uitgerekend de rechtspraak als eerste is gecentraliseerd, hangt volgens Kelsen samen met de onderscheiden fasen in de procedure van rechtstoepassing. Daarin onderscheidt hij drie *rechts-technische* fasen die corresponderen met de drie *evolutionaire* stappen in het door de interne rechtsorde reeds doorlopen en door de internationale rechtsorde nog te doorlopen centralisatieproces.⁶⁵

De eerste fase in de procedure van rechtstoepassing – toepassing van de algemene norm op het bijzondere geval – bestaat in het *vaststellen* van een eventuele inbreuk op het recht. Aan de techniek van rechtstoepassing is derhalve inherent dat als eerste stap het al dan niet bestaan van een concreet delict moet worden vastgesteld. Historisch gezien werd in de interne rechtsorde deze vaststellingsfunctie als eerste gecentraliseerd in

62 Het Handvest van de Volkenbond werd opgenomen in Deel I van het Verdrag van Versailles (1919).

63 Tournaye 1995, pp. 27, 31.

64 Pfersmann 1993, p. 776.

65 Tournaye 1995, pp. 27-30; zie Kelsen 1935, p. 17 e.v.

handen van rechtsprekende organen. Oorspronkelijk waren deze gerechten echter niet meer dan arbitragehoven, aldus Kelsen: "They had to decide only whether or not the delict had actually been committed, as claimed by one party, and hence whether or not one party was authorized to execute a sanction against the other if the conflict could not be settled by peaceful agreement between them."⁶⁶ Het regelen van een dergelijke 'vredesovereenkomst', waarin aan de ene partij de verplichting werd opgelegd tot vergoeding van de geleden schade aan de andere partij (denk bijv. aan het Germaanse *Wergild*-systeem), was volgens Kelsen waarschijnlijk zelfs de primaire functie van de eerste gerechten, waardoor het *vendetta*-systeem langzamerhand werd uitgeschakeld. Ingeval de ene partij haar verplichting tot vergoeding niet nakwam, was de andere partij slechts op grond van de rechterlijke vaststelling dat sprake was van een delict gemachtigd om op haar beurt eigenhandig sanctiemaatregelen te nemen. Hoewel deze vorm van eigenrichting dus bleef voortbestaan, betekende de overgave van de partijdige vraag of iemands recht door iemand anders was geschonden aan het oordeel van een onpartijdig orgaan toch een enorme stap in de goede richting. Immers, zodra deze rechterlijke vaststelling van een rechtschending als noodzakelijke voorwaarde voor het gebruik van geweld werd gesteld, moest elke andere vorm van ongeautoriseerd geweldgebruik, zoals loutere bloedwraak, wel als een inbreuk op het recht en dus als een delict worden aangemerkt.

De tweede fase in de procedure van rechtstoepassing – die volgt op de vaststelling van een inbreuk op het recht – bestaat in het *bevelen* van de door de algemene norm voorgeschreven sanctie tegen het concrete individu. Met de techniek van rechtstoepassing is bijgevolg verbonden dat als tweede stap de geschikte sanctie dient te worden bevolen die in het specifieke geval behoort te worden opgelegd. Nadat bedoelde vaststellingsfunctie in de interne rechtsorde aan de rechtsprekende organen was toebedeeld, werden zij vervolgens bevoegd verklaard tot het bevelen van de passende sanctie tegen degene die het recht had geschonden. Het slachtoffer van die schending had dus niet alleen afstand gedaan van zijn oordeel over de geschonden norm, maar moest nu ook afstand doen van zijn beslissing over de te nemen sanctie. Ofschoon het slachtoffer in dit stadium de bevoegdheid tot de executie van de sanctie nog steeds bleef behouden, impliceerde deze overdracht van het sanctiebevel niettemin een belangrijke beperking van de techniek van eigenrichting.

66 Kelsen 1942, p. 147.

De derde fase in de procedure van rechtstoepassing bestaat in het *executer*en van de bevolen sanctie tegen het individu dat het delict heeft begaan. Met de techniek van rechtstoepassing gaat dus samen dat als derde stap de executie van de sanctie moet volgen. In de interne rechtsorde werd het pas in een relatief laat stadium in de rechtsevolutie mogelijk de techniek van eigenrichting volledig uit te roeien, slechts op het moment dat niet het slachtoffer maar een centraal orgaan in staat was de rechterlijke uitspraak ten uitvoer te leggen. Het executeren van de sanctie, door een centraal orgaan dat door de gemeenschap bevoegd was verklaard tot de bestraffing van het veroordeelde individu, veronderstelde namelijk een concentratie van machtsmiddelen, een monopolisering van het geweldgebruik, en daarmee het bestaan van een uitvoerend orgaan dat deze geweldsmiddelen daadwerkelijk tot zijn beschikking had. Deze executiefunctie werd dan ook niet aan de rechterlijke macht maar aan de uitvoerende macht toebedeeld: "To centralize the execution of the sanctions provided by the legal order the legal community needs not only courts but also a powerful administration."⁶⁷

De centralisatie van de rechtscheppende functie – de aanstelling van een centraal *wetgevend* orgaan dat bevoegd is tot het scheppen van algemene normen voor de gehele gemeenschap – vond pas in een veel later stadium plaats en vormde de laatste stap in de evolutie naar de moderne staat. De centralisatie van de wetgevingsfunctie is volgens Kelsen echter geen noodzakelijk vereiste voor het bestaan van de staat,⁶⁸ omdat deze ook zonder een centraal wetgevend orgaan de interne vrede op effectieve wijze wist te garanderen. Zo traden de eerste vorsten, toen zij zich naast militaire zaken tevens permanent gingen bezig houden met juridische zaken, eerst en vooral op als rechter en niet als wetgever (denk bijv. aan de oudtestamentische en vroegmiddeleeuwse koningrechters). En zo is het tevens opmerkelijk doch niet geheel toevallig dat het niet een wetgevend maar een rechtsprekend orgaan was dat onder het *Ancien Régime* in Frankrijk voor het eerst de titel van *Parlement* hanteerde.⁶⁹ Ook toen en daar ging de centralisatie van rechtspraak vooraf aan die van wetgeving, want: "le droit interne primitif ne centralise pas d'abord la production de normes générales et abstraites ni même leur application d'une manière générale, mais la production de normes individuelles et concrètes par des instances d'arbitrage."⁷⁰

67 *Ibid.*, p. 147.

68 Denk bijv. aan het Angelsaksische *Common Law*-systeem.

69 *Ibid.*, p. 148.

70 Pfersmann 1993, p. 776.

Op grond van het feit dat de rechtspraak in de interne rechtsorde niet alleen evolutionair voorafgaat aan maar ook technisch voorrang heeft boven de wetgeving en de uitvoering, daar centralisatie van de vaststellings- en bevelsfunctie een doeltreffender middel is (gebleken) in de verzekering van de vrede dan die van de executie- en wetgevingsfunctie, moet volgens Kelsen daarom ook het primaat van de rechtspraak in de internationale rechtsorde worden aangenomen. En omdat deze evolutie inherent is (gebleken) aan de techniek van het recht, zal het internationale recht zich op eenzelfde manier ontwikkelen, althans op vergelijkbare wijze moeten worden hervormd. De eerste stap naar duurzame internationale vrede dient dan ook te zijn, gelet op de neiging die de technische evolutie vertoont richting het primaat van de rechtspraak: “the establishment of an international community the members of which are obliged to submit all disputes arising among them to a permanent international court and to respect the decisions of this authority.”⁷¹ De moreelpolitieke reden dat de individuele staten ook eerder geneigd zullen zijn om zich te onderwerpen aan het gezag van een zodanig gerechtshof dan aan een andersoortig orgaan, stel ik in de volgende paragraaf aan de orde.

4.4. Objectiviteit en onpartijdigheid

Behalve een evolutionair en een technisch argument, voert Kelsen ook een daarmee samenhangend moreelpolitiek argument aan in zijn pleidooi voor het primaat van supranationale rechtspraak. Op grond van dit derde argument bepleit hij de noodzaak van een objectief en onpartijdig orgaan dat op het gebied van de handhaving van de internationale vrede bij uitsluiting bevoegd is tot het vaststellen van een inbreuk op het recht (delict) en, indien daarvan sprake is, tot het bevelen van een door het recht voorgeschreven maatregel (sanctie). Hoewel de huidige internationale rechtsorde onder het regime van de Verenigde Naties zich in zeker opzicht reeds tussen de (in de vorige paragraaf beschreven) eerste en tweede stadia van ‘private rechtspleging’ bevindt, kan niet anders worden geconstateerd dan dat dit (ten opzichte van het regime van de Volkenbond verbeterde) systeem op bovenbedoeld punt ernstig tekort schiet. Weliswaar dient elke lidstaat – op grond van het Handvest van de Verenigde Naties⁷² – zich in zijn

⁷¹ Kelsen 1942, p. 150.

⁷² Het Handvest van de Verenigde Naties werd aangenomen op de Conferentie van San Francisco (1945).

internationale betrekkingen te onthouden van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van elke andere staat (art. 2, lid 4 Handvest). Maar ondanks de algemene regel dat rechtsgeschillen door de staten dienen te worden voorgelegd aan het Internationaal Gerechtshof, is het toch de Veiligheidsraad die kan vaststellen of sprake is van een dergelijke schending van het geweldverbod en aanbevelingen kan doen of kan beslissen welke maatregelen zullen worden genomen tot handhaving of herstel van de internationale vrede (art. 39 jo. 41/42 Handvest). En niettegenstaande het feit dat elke lidstaat de beslissing van het Hof dient na te leven in iedere zaak waarbij het partij is, is het echter de Veiligheidsraad die, wanneer een partij bij een zaak in gebreke is gebleven de verplichtingen na te komen welke voortvloeien uit een door het Hof gewezen vonnis, aanbevelingen kan doen of kan besluiten tot het nemen van maatregelen om dit vonnis te doen uitvoeren (art. 94 Handvest).⁷³ Ten slotte behoort het – onder het regime van de Verenigde Naties – nog altijd tot de bevoegdheid van de lidstaten zelf om al dan niet gezamenlijk de (niet-)gewapende maatregelen toe te passen waartoe de Veiligheidsraad heeft besloten.

Niet dit laatste overblijfsel van private rechtspleging, maar het toevertrouwen van de bij uitstek rechterlijke (vaststellings- en bevels)functie aan een orgaan met overwegend uitvoerende en politieke trekken – de uit vijftien (niet-)permanente lidstaten bestaande Veiligheidsraad – en het wat voornoemde functie betreft daaraan ondergeschikt maken van het Internationaal Gerechtshof, maakt dit systeem van internationale vredeshandhaving tot mislukken gedoemd; althans als men uitgaat van het reeds in 1935 (ten tijde van de Volkenbond) door Kelsen uitgesproken principe, te weten: “The foundation of all legal organisation as of any legal community is the judicial process.”⁷⁴ Dit beginsel ligt dan ook ten grondslag aan zijn uit 1944 daterend en achteraf gezien tevergeefs voorstel voor een *Permanent League for the Maintenance of Peace* (ter vervanging van de Volkenbond), in welke organisatie een internationaal gerechtshof het voornaamste orgaan zou vormen waaraan een uitvoerend orgaan slechts ondergeschikt zou zijn. Kelsens moreelpolitieke argumentatie voor deze, uiteindelijk niet door de Verenigde Naties gekozen, constructie is met name

73 In art. 94 Handvest staat zelfs letterlijk dat de Veiligheidsraad ‘zo hij dit nodig oordeelt’ tot dergelijke aanbevelingen of beslissingen kan overgaan.

74 Kelsen 1935, p. 22.

terug te vinden in zijn bekende rechtspolitieke werk: *Peace through Law*.⁷⁵ Gelet op het huidige, alles behalve effectieve, systeem van internationale vredeshandhaving lijkt het mij meer dan de moeite waard terug te blikken naar zijn toenmalige voorstel en dan met name naar zijn argument voor objectieve en onpartijdige rechtspleging.

In tegenstelling tot het Handvest van de Volkenbond en dat van de Verenigde Naties waarin 1 respectievelijk 5 artikelen zijn gewijd aan een internationaal gerechtshof, wijdt Kelsen daar in zijn concepthandvest van een *Permanent League* maar liefst 33 artikelen aan.⁷⁶ Waarom zou in de internationale rechtsorde nu zo'n gewicht moeten worden toegekend aan de rechterlijke macht? Welnu, de reden is dat elke poging om tot pacificatie van de interstatelijke relaties te komen zich gesteld ziet voor het volgende fundamentele probleem: "It is the fact that in case of disputes between States there exists no authority accepted generally and obligatory as competent to settle international conflicts, that is, to answer impartially the question as to which of the parties to the conflict is right and which is wrong."⁷⁷ Deze fundamentele rechtsvraag: wie in een conflict rechtens gelijk heeft en wie niet, blijft dan dus verstoken van een gezaghebbend en beslissend antwoord. Kelsen vergelijkt deze precaire stand van zaken in de internationale rechtsorde met het meest primitieve stadium waarin ook de interne rechtsorde ooit verkeerde, in welke fase het onmogelijk was vorenbedoelde rechtsvraag op objectieve wijze te beantwoorden. De sociale situatie van die volledig gedecentraliseerde rechtsorde was toen nauwelijks te onderscheiden van een situatie zonder vrede en veiligheid; deze verschilde kortom amper van een toestand van anarchie.⁷⁸

Onvermijdelijk doet deze situatie denken aan de zogenoemde 'natuurtoestand' uit de klassieke theorie van het 'sociaal contract'. Ofschoon Kelsen in weerwil van deze theorie geen strikt onderscheid maakt tussen de natuurtoestand enerzijds en de sociale rechtsorde anderzijds, draagt hij hier wel een vergelijkbaar argument aan om uit die hachelijke situatie te geraken teneinde in een hoger stadium van collectieve veiligheid te komen. Zo definieert Locke de natuurtoestand als volgt: "Het samenleven volgens de rede, zonder een gemeenschappelijke meerdere op aarde met de bevoegdheid om tussen hen recht te spreken, is in eigenlijke zin de natuurtoestand"

75 Idem 1944; in dit werk is Kelsens voorstel voor een *Permanent League for the Maintenance of Peace* als een concepthandvest in Annex I opgenomen.

76 Leben 1998, p. 289.

77 Kelsen 1944, p. 13.

78 Idem 1957a, p. 8.

ofwel: "Het ontbreken van een gemeenschappelijke rechter met gezag brengt alle mensen in een natuurtoestand". Anders dan bij Hobbes is bij Locke de natuurtoestand weliswaar niet gelijk aan een 'oorlog van allen tegen allen' maar deze kan juist vanwege het gebrek aan een rechterlijke macht daarin wel gemakkelijk ontaarden. Het vermijden van deze oorlogstoestand vormt daarom een belangrijke reden dat mensen gaan samenleven en de natuurtoestand verlaten, aldus Locke: "Want waar een bevoegd gezag is, een macht op aarde van wie men steun kan krijgen door beroep, daar is het voortduren van de oorlogstoestand uitgesloten, en wordt het geschil beslecht door die macht."⁷⁹

In een theorie waarin het gemis van de rechterlijke macht dus een voorname reden is voor de vorming van de politieke of burgerlijke samenleving, zou men verwachten dat daarin aan die macht ook een aanzienlijk gewicht wordt toegekend. Veelbelovend onderscheidt Locke de politieke samenleving van de natuurtoestand nog op de volgende wijze:

Zij die verenigd zijn in één lichaam, en een gemeenschappelijke vastgestelde wet en rechterlijke macht hebben om een beroep op te doen, met de bevoegdheid om geschillen tussen hen te beslechten en overtreders te straffen, vormen met elkaar een burgerlijke samenleving. Maar zij die niet zulk een gemeenschappelijk beroep hebben zijn nog steeds in de natuurtoestand, waarbij ieder voor zich rechter en beul is, omdat er geen andere is.

Maar vervolgens verbindt Locke hieraan niet de conclusie dat de rechterlijke macht dan ook een afzonderlijke, zelfs primaire macht zou moeten zijn. Naast de wetgevende, uitvoerende en federatieve macht, noemt hij de rechterlijke macht niet meer expliciet en als hij dat wel doet, dan slechts in afgeleide zin. Veelzeggend in dezen is daarom de volgende conclusie van Locke:

En dit voert mensen uit de natuurtoestand naar die van een gemenebest, door een rechter op aarde aan te stellen, met bevoegdheid om alle geschillen te beslechten, en het onrecht te herstellen dat enig lid van het gemenebest kan overkomen; deze rechter is de wetgevende macht, of door haar benoemde magistraten.⁸⁰

79 Locke 1988, hfst. III, par. 19-21.

80 *Ibid.*, hfst. VII, par. 87-89.

Het is naar mijn mening de verdienste van Kelsen dat hij de bij Locke aanwezige premisse van de ontbrekende rechter in de natuurtoestand (gedecentraliseerde rechtsorde) consequent doortrekt naar het primaat van de onpartijdige rechter in het gemenebest (gecentraliseerde rechtsorde).

Alvorens ik terugkeer naar Kelsens concrete voorstel voor een *Permanent League* waarin een internationaal gerechtshof zou moeten primeren, sta ik nog even stil bij het daaraan ten grondslag liggende principe dat rechtspleging hét fundament vormt van elke rechtsorde. In *Collective Security under International Law* noemt Kelsen de omstandigheid dat de functie van rechtspleging volledig is gedecentraliseerd “the most serious defect of a legal system”, zelfs ernstiger dan het gebrek aan centrale sanctionering.⁸¹ Ook al zou de sanctie op enigerlei wijze kunnen worden toegepast, bovenal dient vast te staan dat sprake is van een delict en wie dat heeft begaan. Er behoort dus eerst en vooral een voor betrokken partijen bindende procedure te bestaan waarin het feit dat het recht is geschonden op objectieve wijze wordt vastgesteld en waarin de partij die voor die schending verantwoordelijk is op onpartijdige wijze wordt aangewezen. Dit kan slechts worden bereikt door de bevoegdheid tot het beantwoorden van de fundamentele vraag wie het recht aan zijn zijde heeft en wie niet, te onttrekken aan de macht van de partijen bij het geschil en door deze bevoegdheid over te dragen aan een speciaal orgaan; in andere woorden zo concludeert Kelsen: “this is done by centralizing the legal function which is the basis of all further steps leading to the enforcement of the law.”⁸² Noodzakelijke voorwaarde voor de objectiviteit en onpartijdigheid van bedoeld orgaan is dat het onafhankelijk is zowel van de bij het geschil betrokken partijen als van de andere organen van de gemeenschap, in het bijzonder de politieke en uitvoerende organen, zoals een regering. Geniet bedoeld orgaan een zodanige onafhankelijkheid, dan heeft dit – volgens Kelsen – het karakter van ‘een gerecht’ en het individu dat een dergelijke functie vervult dat van ‘een rechter’. En alleen indien aan deze voorwaarde is voldaan, kan de functie van het vaststellen van het bestaan van een delict en het aanwijzen van de daarvoor verantwoordelijke partij, worden aangemerkt als ‘een rechterlijke functie’.⁸³ Pas wanneer dit fundament van centrale rechtspleging in een rechtsorde is gelegd, is effectieve vredeshandhaving mogelijk.

Het beginsel dat rechtspleging hét fundament vormt van elke rechtsorde, geldt in essentie ook ten aanzien van de internationale rechtsorde. Ingeval

81 Kelsen 1957a, p. 13.

82 *Ibid.*, p. 13; zie idem 1935, p. 23.

83 Idem 1957a, p. 13.

de ene staat inbreuk maakt op het recht van de andere, is bovenal beslissend of sprake is van een schending van het internationale recht en aan welke staat die schending moet worden toegerekend. Zolang het voorrecht van de staten om deze rechtsvraag naar eigen inzicht te beantwoorden niet eens en voor altijd kan worden overgedragen aan een onafhankelijke 'derde instantie', namelijk een internationaal gerechtshof, zo voorspelt Kelsen: "any further progress on the way to the pacification of the world is absolutely excluded."⁸⁴ Op de valreep van de Tweede Wereldoorlog roept hij daarom in zijn voorstel voor een *Permanent League* zoveel mogelijk staten op: een internationaal gerechtshof met dwingende jurisdictie op te richten, afstand te doen van represailles en oorlog als middelen om hun conflicten op te lossen, zich te verplichten al hun geschillen zonder uitzondering aan het hof voor te leggen en zich bij zijn beslissingen neer te leggen. Teneinde de staten zover te krijgen dat zij zich onderwerpen aan de dwingende rechtsmacht van het internationaal gerechtshof, dient de onafhankelijkheid ervan – en daarmee zijn objectiviteit en onpartijdigheid – zo goed als mogelijk te worden verzekerd. Het belangrijkste deel van Kelsens concepthandvest is derhalve gewijd aan de organisatie en bevoegdheden van het internationaal gerechtshof en aan de verzekering van die onafhankelijkheid.⁸⁵

De moreelpolitieke reden van het primaat en het succes van supranationale rechtspleging in de internationale rechtsorde is dus gelegen in het feit dat het, vanwege de objectieve en onpartijdige procedure, geldt als best geaccepteerde vorm van geschillenbeslechting. Immers: "Il est en effet plus facile de se soumettre au verdict de personnes impartiales et reconnues pour leur compétences qu'à une décision qui résulte seulement de la convergence d'intérêts politiques."⁸⁶ In het systeem van internationale vredeshandhaving moet daarom het primaire belang en de voorrang van centralisatie van de rechtsprekende macht niet worden onderschat. Volgens Kelsen is er namelijk een wezenlijk verschil tussen de situatie waarin een conflict op onpartijdige en objectieve wijze kan worden berecht en die waarin dat niet kan. De bereidheid van partijen tot gehoorzaamheid aan het recht zal in de eerste situatie groter zijn dan in de tweede, zelfs als het recht niet door een centrale uitvoerende macht wordt afgedwongen. En omgekeerd: als een partij rehtens in het ongelijk wordt gesteld door een onpartijdig gerecht, zal zij minder zijn geneigd haar onrechtmatige aanspraak af te dwingen van een door datzelfde gerecht in het gelijk gestelde

84 Idem 1944, p. 14.

85 *Ibid.*, p. 56 e.v.; zie het concepthandvest in Annex I, art. 4-26 en art. 31-37.

86 Pfersmann 1993, p. 777.

partij dan wel te weigeren zich neer te leggen bij de rechtmatige aanspraak van die partij. Kelsen durft dan ook te stellen dat de *moral power of courts* een beslissende rol speelt in de ontwikkeling van het recht en dat dit morele gezag van groot belang blijft voor de effectiviteit van een rechtsorde en daarmee voor de vrede en veiligheid die door die orde wordt verzekerd. Bevestiging van de stelling over het gezag van gerechten in de internationale rechtsorde, zelfs bij gebrek aan een centrale executiemacht, kan worden gevonden in de betekenis en invloed van de rechtspraak van bijvoorbeeld de oorlogstribunalen van Neurenberg en Tokyo, de Haagse internationale (straf)hoven en oorlogstribunalen, de Europese hoven van Straatsburg en Luxemburg en ook het Geneefse WTO Appellate Body.⁸⁷ Voor de mate van effectiviteit van het systeem van internationale vredeshandhaving blijft de waarde van de centralisatie van de uitvoerende macht dus een probleem als deze niet wordt voorafgegaan door de centralisatie van de rechterlijke macht. In Kelsens woorden:

this value is problematical if the employment of force by the central organ of the community is not determined by the decision of independent tribunals applying pre-established law, if this central organ can use its power not to maintain or restore this law but to realize political interests not necessarily in conformity with this law.⁸⁸

In zowel *Law and Peace* als *Peace through Law* bespreekt en verwerpt Kelsen een groot aantal bezwaren tegen de dwingende jurisdictie van een internationaal gerechtshof.⁸⁹ Hoewel ik niet op ieder bezwaar afzonderlijk zal ingaan, noem ik hier toch één van de belangrijkste: dat de vestiging van een dergelijk hof een aanzienlijke beperking van de soevereiniteit van de staten betekent. Kelsen verwerpt dit bezwaar met de stelling dat de ervaring ons leert dat staten zich doorgaans makkelijker hebben onderworpen aan een internationaal (arbitrage)hof dan aan een internationale overheid en dat arbitrageverdragen tot nu toe het meest effectief zijn gebleken. Zelden, zo stelt hij, hebben staten geweigerd beslissingen ten uitvoer te leggen van een door henzelf bij verdrag erkend (arbitrage)hof. Ook deze stelling kan worden gestaafd met het morele gezag van bijvoorbeeld het Permanent Hof van Arbitrage en de hiervoor genoemde internationale tribunalen en hoven. Daarom sluit Kelsen zijn *Law and Peace* af met de volgende optimistische

87 Jabloner 1997, p. 72; Leben 1998, p. 290 e.v.; Pfersmann 1993, pp. 778-779.

88 Kelsen 1957a, pp. 14-15.

89 Idem 1942, pp. 159-168; idem 1944, pp. 19-49.

gedachte: "The idea of law, in spite of everything, seems still to be stronger than any other ideology of power."⁹⁰ Anders gesteld: de werkelijke reden waarom staten hun onderwerping aan de beslissingen van een internationaal hof niet ervaren als begrenzing van hun soevereiniteit is gelegen in het feit dat: "judicial decisions are objective and impartial, and that they are not political decrees issued according to the principle, which is a negation of law, that might goes before right."⁹¹ In dezelfde lijn past ook Kelsens inzicht dat, hoe groter de aan een internationale vredesorganisatie verleende *macht*, hoe meer er garanties moeten bestaan dat deze macht door die organisatie slechts wordt uitgeoefend ter handhaving van het *recht*. En, zo besluit Kelsen zijn *Peace through Law*, de enig serieuze garantie voor de *rechtmatige* uitoefening van deze macht is de voorwaarde dat het tot die organisatie beschikking staande geweld niet wordt gebruikt op bevel van een *politiek* orgaan maar ter executie van de beslissing van een *rechterlijk* orgaan.⁹² Dit primaire belang van de supranationale rechter als hoeder van de internationale vrede wordt nog eens benadrukt door Kelsens opmerkelijke vergelijking met de constitutionele rechter als hoeder van de interne (nationale) vrede, waarmee ik wil afsluiten.

4.5. Conclusie: rechtspraak en vrede

Nu ik ben aanbeland bij het einde van de Tweede Wereldoorlog (het hoogtepunt van Kelsens 'internationale periode') keer ik tot slot even terug naar de periode waarmee ik mijn inleiding begon: het einde van de jaren twintig van de vorige eeuw (de apotheose van zijn 'constitutionele periode'). Ik ving mijn artikel aan met Kelsens voordracht uit 1926 en ik rond het af met zijn studie uit 1928. In dat jaar heeft hij voor het Parijse Instituut International de Droit Public een rapport gepresenteerd met de titel: *La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)*.⁹³ De periode waarin dit rapport is geschreven staat onder meer bekend om Kelsens grote bijdrage aan het ontwerp van de Oostenrijkse Grondwet (1920), zijn lidmaatschap van het Oostenrijks Constitutioneel Hof (1921-1930), zijn werken over grondwettelijke toetsing en constitutioneel recht,⁹⁴

90 Idem 1942, pp. 169-170.

91 Idem 1944, p. 48.

92 *Ibid.*, p. 67.

93 Idem 1929, pp. 52-143.

94 Bersier Ladavac 1998, pp. 391-392; Kelsen wordt niet alleen beschouwd als vader van de grondwet en het constitutioneel hof van Oostenrijk, maar ook als theoretisch grondlegger van

en niet het minst om zijn controversen met Schmitt over wie de *Hüter* van de (Weimarse) grondwet behoort te zijn.⁹⁵ De polemische pennenstrijd tussen deze twee rechtsgeleerden richt zich op het staatsorgaan waaraan de rol van beschermer van de constitutie moet worden toevertrouwd. Voor de normativist Kelsen behoort deze buitengewoon juridische taak te worden opgedragen aan het hoogste rechterlijke orgaan: het grondwettelijk hof, terwijl voor de decisionist Schmitt – voor wie het behoud van de constitutie een uitzonderlijk politieke zaak is – deze functie dient te worden overgelaten aan de top van de uitvoerende macht: de (Rijks) president.⁹⁶

In *La garantie juridictionnelle de la constitution* behandelt Kelsen de kwestie van de constitutionele rechtspraak. Opmerkelijk is dat hij daarin tevens een vergelijking trekt met het internationale recht.⁹⁷ In tegenstelling tot het interne recht dat ongrondwettige wetten nietig kan laten verklaren door een constitutioneel hof, kan de nietigheid van handelingen van staten die strijdig zijn met het internationale recht niet worden uitgesproken omdat nog geen rechtsprocedure is ontwikkeld waarlangs dergelijke onrechtmatige handelingen nietig kunnen worden verklaard door een internationaal hof. Deze handelingen blijven dus rechtsgeldig zolang de nietigheid daarvan niet door de betrokken staten zelf wordt uitgesproken. Maar wat erger is: “Le droit international n’a en dernière analyse d’autre sanction que la guerre, qui ne fait pas disparaître l’acte contraire à ses règles.”⁹⁸ In zeker opzicht is de internationale rechtsorde te vergelijken met een interne rechtsorde die geen rechterlijke garantie van de grondwet kent. Zolang een constitutie de garantie van vernietiging van ongrondwettige wetten mist, staat deze – volgens Kelsen – vanuit zuiver juridisch-technisch oogpunt gezien eerder gelijk met een vrijblijvende wens dan met een verbindende

het zogenoemde ‘Europese’ model van grondwettelijke toetsing. Dit type van gecentraliseerde controle door een daartoe gespecialiseerd, rechterlijk orgaan is na de Tweede Wereldoorlog door de meeste landen van Europa – met uitzondering van o.m. Nederland – overgenomen. Daarentegen is constitutionele toetsing in het zogeheten ‘Amerikaanse’ model aan het gehele rechterlijke apparaat toevertrouwd; zie Baume 2007, pp. 72-78.

95 Schmitt 1931 en Kelsen 1931, pp. 5-56.

96 Baume 2007, pp. 75-77. Voor een uitgebreide bespreking van deze polemiek tussen Schmitt en Kelsen, zie o.a. Dyzenhaus 1997 en Beaud & Pasquino (ed.) 2007. Voor de (rechts)filosofische context van deze polemiek vanuit een Kantiaans perspectief, zie Mertens 2000.

97 Zie over Kelsens vergelijking tussen constitutionele en internationale rechtspraak: Pfersmann 1993, pp. 761-790.

98 Kelsen 1929, p. 75.

wet.⁹⁹ Een dergelijke grondwet waarvan de bepalingen kunnen worden geschonden zonder dat daaruit de nietigverklaring van ongrondwettige wetten volgt, heeft in dat opzicht dezelfde geringe verplichtende kracht tegenover de lagere normen van die interne rechtsorde als die het internationale recht heeft tegenover de aan hem onderworpen interne rechtsordes. Echter, net als de ongrondwettigheid bij gebrek aan nietigverklaring de geldigheid van een wet niet kan aantasten, wordt ook een handeling van een staat die het internationale recht schendt door die schending niet minder geldig. Het enige verschil is dus dat de staat wiens belang wordt geschonden uiteindelijk zijn toevlucht kan nemen tot het laatste redmiddel van interstatelijk geweld, namelijk het voeren van oorlog tegen de staat die hij voor die schending verantwoordelijk houdt, zodat een inbreuk op het internationale recht een louter vindictieve straf tot gevolg heeft.¹⁰⁰ Het kunnen grijpen naar dit *ultimum remedium* is voor imperialist en subjectivist Schmitt – voor wie de wereld geen universele rechtsorde maar een politiek pluriversum is – juist dé reden om tegen een internationaal hof te zijn.¹⁰¹ Op grond van zijn bekende ‘vriend-vijandonderscheid’ als criterium van politiek moet de beslissing over oorlog en vijand worden overgelaten aan de soevereine staat zelf en kan het daaruit resulterende geschil ook niet op juridische wijze worden vereffend. De politieke vijand is, aldus Schmitt:

immers enkel de andere, de vreemde, en tot zijn essentie behoort niets anders dan dat hij in een bijzonder intensieve zin existentieel iets anders en vreemds is, zodat in het uiterste geval conflicten met hem mogelijk zijn, die noch door een van tevoren opgestelde algemene normering, noch door de uitspraak van een ‘niet betrokken’ en daarom ‘onpartijdige’ derde beslecht kunnen worden.¹⁰²

Volgens Kelsen kan de constitutionele rechtspraak niet alleen in het algemeen elke grondwet voorzien van een sterkere juridisch normatieve garantie, maar daarnaast verschaft zij in het bijzonder een extra objectief pacificerende waarborg voor specifieke staatsvormen. Ten eerste duidt Kelsen hier op haar betekenis voor een democratische staat, waarin zij een

99 Dat laat te denken over de Nederlandse Grondwet en het daarin neergelegde toetsingsverbod (art. 120 GW).

100 *Ibid.*, pp. 133-135.

101 Dat het bekende debat tussen Schmitt en Kelsen verder ging dan het constitutionele recht en werd voortgezet op het niveau van het internationale recht wordt bevestigd door o.m. Ramel 2009, pp. 17-35 en Pinelli 2010, pp. 493-504; zie ook Vinx, 2007, pp. 145-207.

102 Schmitt 2006, p. 63.

effectief middel kan vormen ter bescherming van de minderheden tegen de meerderheid, waarvan de heerschappij over de eersten slechts dan is te verdragen als zij op rechtmatige wijze wordt gevoerd:

Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée. La simple menace du recours au tribunal constitutionnel peut être entre les mains de la minorité un instrument propre à empêcher la majorité de violer inconstitutionnellement ses intérêts juridiquement protégés et à s'opposer par là, en dernière analyse, à la dictature de la majorité, qui n'est pas moins dangereuse pour la paix sociale que celle de la minorité.¹⁰³

In een democratie fungeert de constitutionele rechter bijgevolg als hoeder van de sociale vrede tussen minderheden en meerderheid.¹⁰⁴

Ten tweede wijst Kelsen op de betekenis van de constitutionele rechtspraak voor een federale staat, welke staatsvorm met dat instituut pas volledig kan worden gerealiseerd. De politieke kern van het federale idee wordt immers gevormd door de verdeling van de bevoegdheden. Tegelijkertijd is het behoud van de door de grondwet afgebakende grenzen tussen de competenties van de bond en die van de lidstaten hét politieke probleem van een federatie, waarin dikwijls hartstochtelijk om de bevoegdheden wordt gestreden. Vandaar de behoefte aan een rechterlijke garantie van de federale constitutie:

Plus que nulle part ailleurs, le besoin se fait ici sentir d'une instance objective qui décide ces luttes de façon pacifique, d'un tribunal devant lequel ces litiges puissent être portés comme des problèmes d'ordre juridique, et décidés comme tels, c'est-à-dire d'un tribunal constitutionnel; car toute violation de la compétence de la confédération par un état-membre ou des états-membres par la confédération est une violation de la constitution

¹⁰³ Kelsen 1929, pp. 137-138.

¹⁰⁴ Ook hier staat Schmitt diametraal tegenover Kelsen: als antiparlementarist gelooft hij eerder in de dictatuur van de (Rijks)president teneinde de politieke eenheid van de staat te behoeden, dan in de democratie.

fédérale qui fait de la confédération et des états-membres une unité globale.¹⁰⁵

In een federatie treedt de constitutionele rechter derhalve op als beschermer van de federale vrede tussen bond en lidstaten.

Alleen al vanwege de nauwere systematische relatie tussen de federale en de internationale rechtsorde,¹⁰⁶ brengt Kelsen ten slotte de voornaamste verwantschap naar voren die bestaat tussen de functie van de constitutionele rechtspraak in het partiële kader van de federale rechtsorde en die van de supranationale rechtspraak in het allesomvattende verband van de universele wereldrechtsorde: “comme celle-ci [supranationale rechtspraak] a pour but de rendre la guerre inutile entre les peuples, celle-là [constitutionele rechtspraak] s'affirme – en dernière analyse – comme une garantie de paix politique dans l'état.”¹⁰⁷ Waar in de federale rechtsorde de interne vrede primair door de constitutionele rechter dient te worden bewaakt, daar behoort in de wereldrechtsorde het primaat in de verzekering van de internationale vrede dus bij de supranationale rechter te liggen. Als ware objectivist en pacifist gelooft Kelsen dat het voor onze wereldgemeenschap hoogst haalbare morele ideaal, de *civitas maxima* in het verschiet, pas met de vestiging van zulk een rechterlijk hoeder van de wereldvrede zal kunnen worden gerealiseerd.

Gelet op dit primaire belang van de rechter als hoeder van de vrede en op het huidige, weinig effectieve, VN-systeem van internationale vredeshandhaving, valt het achteraf bezien daarom nog steeds te betreuren dat de internationale gemeenschap na de Tweede Wereldoorlog uiteindelijk toch de voorkeur heeft gegeven aan de dominantie van de *politieke* benaderingswijze over de *rechterlijke*.¹⁰⁸ Aan het begin van de 21ste eeuw moeten we immers constateren dat er op het gebied van de verzekering van de vrede in de wereld sindsdien helaas weinig tot geen (natuurlijke) vooruitgang is geboekt. Het is dan ook te hopen dat bij eventuele noodzakelijke – van de politieke wil afhankelijke – hervormingen van de Verenigde Naties¹⁰⁹ Hans Kelsens voorstel uit 1944 voor een *Permanent League for the Maintenance of Peace*, waarin een internationaal

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 139-140.

¹⁰⁶ In het universele rechtssysteem staat de federale rechtsorde nader tot de internationale rechtsorde, omdat deze zich in het hiërarchisch geordend systeem ergens tussen de interne en internationale rechtsorde in bevindt.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 143.

¹⁰⁸ Jabloner 1997, p. 71.

¹⁰⁹ Zie voetnoot 28.

gerechtshof primeert boven een uitvoerend orgaan, in de nabije toekomst meer gehoor zal vinden dan het destijds heeft gekregen. Want, zo mogen we tenminste uit zijn evolutionair-technische en moreelpolitieke argumentatie voor het primaat van de supranationale rechtspraak binnen de wereldrechtsorde nu wel concluderen: zolang de wereldgemeenschap 'in rechterlijk opzicht' blijft tekortschieten, zal aan de oorlog geen einde kunnen komen.¹¹⁰

110 Een variatie op het aan Hugo de Groot ontleende motto dat boven dit artikel is geplaatst.

5. Supranationale strafrechtspraak en vrede

Een internationale strafkamer als permanente uitbouw van het Vredespaleis

*Ubicunque potest esse litigium, ibi debet esse iudicium*¹

5.1. Inleiding: Kelsen en Dante

In de inleiding bij zijn vertaling van de *Divina Commedia* van Dante Alighieri (1265-1321), de voornaamste dichter van de middeleeuwen, wijst Frans van Dooren op “een van de meest in het oog springende kenmerken” van Dante’s dichtwerk, namelijk: “de exacte, om niet te zeggen mathematische, structuur van het werk: een structuur zo evident en zo doelbewust aangebracht (geprogrammeerd, zou men kunnen zeggen) dat het woord architectuur er beter voor op zijn plaats is.”² Het zal op het eerste gezicht wellicht verbazen, maar juist door middel van deze ‘architectuur’-typering van Dante’s Goddelijke Komedie, één van de hoogtepunten van de wereldliteratuur, wil ik hier een verband leggen met de volkenrechtsleer van Hans Kelsen (1881-1973), misschien wel de belangrijkste rechtsgeleerde van de 20ste eeuw³ en ‘architect’ van de – voor rechtsfilosofen en -theoretici althans – wereldberoemde *Reine Rechtslehre*.⁴

In zijn autobiografie⁵ vertelt Kelsen dat hij, toen nog als student, in één van de hoorcolleges over de geschiedenis van de rechtsfilosofie – “das einzige Kolleg, das ich regelmaessig besuchte” – hoorde dat de dichter Dante ook een staatsfilosofisch traktaat, de *Monarchia*,⁶ had geschreven. Nadat

1 Deze stelling betekent vrij vertaald ‘overal waar zich een conflict kan voordoen, moet er een mogelijkheid zijn dit gerechtelijk te beslechten’ en is ontleend aan: Dante, *De Monarchie*, boek I, hfst. 10 (hierna: Dante 2001).

2 Dante 1998, p. 23.

3 Dreier 1993, pp. 705–732.

4 Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; onder de titel *Reine Rechtslehre* verschijnt in 1960 de tweede, volledig herziene en uitgebreide editie van dit hoofdwerk.

5 Jestaedt (Hg.) 2007, p. 36.

6 Dante 2001.

Kelsen dit werk met veel interesse had gelezen, besloot hij over Dante's staatsleer een dissertatie te schrijven,⁷ welke monografie al in 1905 – nog vóór het verkrijgen van zijn doctorsgraad – werd gepubliceerd onder de titel: *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. Daarin sprak Kelsen zijn grote bewondering uit, niet alleen voor het systeemgerichte eenheidsdenken van de middeleeuwse wereldbeschouwing,⁸ maar ook – gelijk de hierboven weergegeven typering – voor Dante's 'architecturale' (re)constructie daarvan:

In Dantes Werken hat das System der mittelalterlichen Weltanschauung die glänzendste und konsequenteste Durchführung erhalten. Alle Vorzüge dieses Systems, seine Gedankentiefe, seine streng logische Geschlossenheit, treten in dem hellen Lichte einer großen Persönlichkeit deutlich hervor. Zu einem Begriffsgebäude von grandioser Architektonik ist hier das ganze Universum geistig rekonstruiert.⁹

Terugblikkend schrijft Kelsen, wederom in zijn autobiografie, dat zijn eerste boek niet meer dan "eine unoriginelle Schuelerarbeit" was en dat hij reeds tijdens het werk daaraan zich meer ging richten op de studie van rechtstheoretische problemen, waarvan het eerste resultaat, zijn *Habilitationsschrift*,¹⁰ in 1911 verscheen.¹¹ Hoewel Kelsens 'jeugd'-geschrift over Dante nauwelijks als een (eerste) bijdrage aan de Zuivere Rechtsleer kan worden beschouwd, kan men toch in Kelsens waardering voor Dante's universalistische en monistische systeem al de eerste fundamenteën ontwaren van de kennistheoretische en moreelpolitieke basisprincipes die zijn eigen latere *Begriffsgebäude* van het staatsrecht en met name het volkenrecht hebben vormgegeven.¹² Teneinde een beter begrip van Kelsens 'architecturale' (re)constructie van de 'universele rechtsorde' te verkrijgen, acht ik het zinvol nu eerst een korte, ruwe schets te geven van Dante's argumentatie voor de 'wereldlijke monarchie', waarbij ik mij overigens beperk tot de *eerste* vraag die Dante in zijn verhandeling aan de orde stelt

7 Kelsen concentreerde zich daarin op Dante's politiek-filosofische hoofdwerk *Monarchia*, maar betrok in zijn onderzoek ook zijn overige politiek-filosofische teksten, zoals fragmenten uit *Divina Commedia* en *Convivio*.

8 Bernstorff 2010, pp. 78-79.

9 Kelsen 1905, p. 38.

10 Idem 1911.

11 Jestaedt (Hg.) 2007, p. 37. Zie ook *ibid.*, p. 22.

12 Vgl. Bernstorff 2010, pp. 229, 274; Cau 2004, pp. 128-129, 144-146 en Dreier 1993, p. 713.

en het *zesde* antwoord daarop dat door Dante wordt ingeleid met de boven mijn artikel geciteerde stelling.

Het onderwerp van Dante's traktaat is de politieke filosofie van de 'wereldlijke oftewel tijdelijke monarchie'. Daaronder verstaat hij "het bewind van één heerser dat wordt uitgeoefend over allen die 'in de tijd' leven."¹³ Daarmee houdt volgens Dante de volgende *eerste* vraag verband: "Is de tijdelijke oftewel wereldlijke monarchie noodzakelijk voor het welzijn van de wereld?"¹⁴ Om deze vraag naar waarheid te kunnen beantwoorden, zoekt Dante eerst naar een evident ware en vaste grondstelling waaruit het antwoord strikt logisch moet worden afgeleid. Daarbij richt hij zijn onderzoek, dat immers politiek van aard is, vooral op het praktische handelen en bijgevolg – op universalistische en teleologische wijze – op het universele einddoel van het handelen van de mensheid als geheel. Dante ziet dit universele einddoel gelegen "in het voortdurend actualiseren van het hele vermogen van het mogelijk intellect." Daaraan voegt Dante de volgende door hem veelgebruikte redenering (nl. wat waar is voor het deel, is waar voor het geheel) toe:

zoals de individuele mens in zittende en kalme toestand het verstandigst is en het best kan denken, zo zal het duidelijk zijn dat ook voor de mensheid als geheel een toestand van rust en vrede de gunstigste voorwaarde schept voor het ongehinderd volbrengen van de haar eigen taak.¹⁵

Universele vrede is blijkbaar de ware en vaste grondslag waarop Dante zijn bewijsvoering voor de wereldlijke monarchie fundeert. Vervolgens voert Dante een tiental argumenten aan, waaronder het volgende *zesde* argument, dat bevestigt waarom de wereldlijke monarchie noodzakelijk is voor het geluk van de wereld:

[O]veral waar zich een conflict voordoet, moet er een mogelijkheid zijn dit gerechtelijk te beslechten; anders zou er iets onvolmaakts bestaan zonder het daarop afgestemde middel om het te vervolmaken – een

13 Dante 2001, boek I, hfst. 2. Hiertegenover staat namelijk het 'geestelijke' en 'eeuwige' gezag van de Kerk.

14 *Ibid.* Deze vraag wordt in boek I beantwoord. De overige twee vragen, namelijk: "Heeft het Romeinse volk zich rechtmatig de rol van monarch toegeëigend?" en: "Ontleent de monarch zijn gezag direct aan God of aan een dienaar of plaatsbekleder van God?", worden beantwoord in boek II respectievelijk boek III.

15 *Ibid.*, boek I, hfst. 4. Het gaat hier dus om de 'aristotelische' taak het potentiële intellect geheel te actualiseren.

onmogelijkheid omdat God en de natuur voorzien in alles wat noodzakelijk is. Altijd kan zich tussen twee heersers van wie de een niet de vazal van de ander is een conflict voordoen, en wel of door hun eigen schuld of door die van hun onderdanen, dat spreekt vanzelf. In zo'n geval behoort er een mogelijkheid te zijn het conflict gerechtelijk te beslechten. En omdat de een geen jurisdictie heeft over de ander – want de een is niet de onderdaan van de ander, zodat hij niet aan diens oppergezag onderworpen is –, om die reden moet er een derde instantie zijn waarvan de jurisdictie verder reikt en die uit hoofde daarvan het oppergezag heeft over beide partijen. Dit kan de monarch zijn maar dat hoeft niet. In het eerste geval is het doel bereikt; in het tweede geval zal de scheidsrechter iemand naast zich hebben die zijn gelijke is en daardoor buiten zijn jurisdictie valt; in dat geval zal er dus wéér een derde instantie nodig zijn en zo moet men of tot in het oneindige doorgaan, wat natuurlijk onmogelijk is, of men moet tenslotte toch uitkomen bij een hoogste en soevereine rechter krachtens wiens gerechtelijk oordeel alle conflicten worden beslecht, ofwel direct ofwel indirect. En dat zal dan de monarch (...) zijn.¹⁶

De reden dat ik Dante's argument van gerechtelijke conflictbeslechting bijna volledig citeer, is dat ik hierin (ontdaan van de theologische en monarchistische inhoud) een stevig fundament bespeur dat onmiskenbaar (bewust of onbewust) ten grondslag ligt aan Kelsens kosmopolitische en pacifistische project voor de (re)constructie van de universele rechtsorde, waarin hij de bouw van een internationaal gerechtshof met verplichte jurisdictie een primaire en centrale plaats geeft. Zoals bekend¹⁷ (en in mijn vorige artikel beschreven¹⁸), vormt het uit 1944 daterende voorstel van Kelsen voor een *'Permanent League for the Maintenance of Peace'*, dat als concepthandvest in Annex I is opgenomen bij zijn rechtspolitieke werk *Peace through Law*,¹⁹ een nuttige blauwdruk van deze 'in rechterlijk opzicht'

16 *Ibid.*, boek I, hfst. 10. Let wel, de monarch bij Dante verenigt alle overheids machten in zich; het gaat mij hier enkel om zijn argumentatie voor een hoogste en soevereine rechter en Kelsens vergelijkbare pleidooi voor het primaat van de rechtsprekende macht. Let hier ook op de parallel tussen Dante's afwijzing van de *regressus ad infinitum* en Kelsens aanname van de grondnorm om een einde te maken aan eindeloze (geldigheids)conflicten.

17 Zie Bernstorff 2010, pp. 193-198 en Tournaye 1995, pp. 55-93.

18 Notermans 2011a, p. 44 e.v. (dit proefschrift, hfst. 4, p. 91 e.v.). Hier zij nog herinnerd aan het in Kelsen 1935, p. 22 uitgesproken principe: "The foundation of all legal organisation as of any legal community is the judicial process."

19 Kelsen 1944.

haast volmaakte vredesorganisatie. Wellicht iets minder bekend²⁰ is Kelsens in Annex II bij voornoemd werk opgetekende ontwerp van een aantal niet minder nuttige *'Treaty Stipulations Establishing Individual Responsibility for Violations of International Law'*, dat de rechtsmacht van het geconcipieerde gerechtshof op internationaal strafrechtelijk gebied beoogt uit te breiden.

Bovenstaand argument van Dante tot richtsnoer nemend, wil ik mij in het onderhavige artikel richten op de pacificerende relevantie van deze strafrechtelijke uitbreiding en vervolmaking van het supranationale systeem van gerechtelijke conflictbeslechting dat Kelsen vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog voor ogen stond. Dat Dante's middeleeuwse richtsnoer respectievelijk Kelsens zoste-eeuwse bouwplan ook heden ten dage zeer relevant is, moge hieruit blijken dat het naoorlogse systeem van supranationale (straf)rechtspraak nog steeds niet – en helaas ook niet in de vorm van het in 2002 opgerichte Internationaal Strafhof – heeft voorzien in “een hoogste en soevereine rechter krachtens wiens gerechtelijk oordeel alle conflicten worden beslecht.” In zijn uitbreidingsplan reikt Kelsen evenwel drie bouwvoorschriften aan, die in ‘architectuur’-overdrachtelijke zin moeten leiden tot een internationale strafkamer als permanente ‘uitbouw’ van het Vredespaleis, te weten: de vestiging van individuele aansprakelijkheid (par. 3), het onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige oorlog (par. 4) en de universele en dwingende jurisdictie (par. 5). Tot slot (par. 6) ga ik na of het huidige vredesbouwwerk aan Kelsens *Treaty Stipulations* voldoet en, zo niet, hoe het kan worden vervolmaakt. Voordat ik Kelsens constructievoorschriften ter hand neem, onderzoek ik eerst (par. 2) of en in hoeverre zijn zuivere conceptualisering van de universele rechtsorde in dienst kan staan van de ‘onzuivere’ – want van de politieke wil afhankelijke – (re)constructie daarvan.

5.2. Conceptualiseren en construeren

In de *Monarchia* maakt Dante onderscheid tussen enerzijds een onderwerpsgebied “waarop wij geen enkele invloed hebben en waarover we slechts theoretische kennis kunnen hebben”, zoals dat van de wiskunde of de theologie, en anderzijds bijvoorbeeld het gebied van de politiek of het recht “waarop wij wél invloed hebben en dat dan ook niet alleen voorwerp

20 Bernstorff 2010 noemt Annex II wel, maar bespreekt hoofdzakelijk Annex I; Tournaye 1995 bespreekt enkel Annex I en Vinx 2007 noemt Annex II evenmin. In een aantal recente artikelen, waarnaar ik hieronder zal verwijzen, is daar wel enige aandacht aan besteed.

van theorie is maar ook van praktisch handelen.” Als het om laatstbedoelde onderwerpsgebieden gaat, staat volgens hem “het praktisch handelen daar niet in dienst van de theoretische kennis, maar omgekeerd; want de praktijk en niet de theorie is op dat gebied het einddoel.”²¹ Om die reden richt Dante zich bij zijn politiek-filosofische onderzoek naar de ‘wereldlijke monarchie’ in de eerste plaats op de praktijk en laat hij zich bij zijn schitterende en logisch consistente ‘architecturale’ (re)constructie daarvan, zoals Kelsen deze typeert, toch voornamelijk leiden door een voor de praktijk nuttige basiswaarde: de universele vrede. Een gebouw moet immers niet alleen mooi en solide zijn, maar bovenal ook bruikbaar. Sommigen zullen het met mij eens zijn dat ook Kelsens zuivere *Begriffsgebäude* van het (volken)recht juist vanwege zijn methodologische zuiverheid, universalistische karakter, hiërarchisch-piramidale structuur en monistische constructie zowel in esthetisch als in logisch oogpunt zeer aantrekkelijk is. Belangrijker is echter de vraag of zijn theoretische conceptualisering van het (volken)recht ook bruikbaar is voor de praktijk en of deze theorie – zonder haar zuiverheid te verliezen – wel in dienst kan en wil staan van een praktische, dus politieke, (re)constructie daarvan.

Zoals valt te lezen in de inleidende paragraaf – getiteld ‘zuiverheid’ – van de eerste editie van de *Reine Rechtslehre* (1934), richt Kelsens rechtstheorie als theorie zich enkel op de kennis van haar onderwerpsgebied, op haar kennisobject: het recht. Daarbij poogt zij te beantwoorden wat het recht is en hoe het recht wordt gecreëerd, niet wat het recht behoort te zijn noch hoe het recht behoort te worden gecreëerd. De Zuivere Rechtsleer is derhalve rechtswetenschap, geen rechtspolitik. Deze rechtstheorie is methodologisch zuiver omdat zij zich ten doel stelt alles wat niet onder het kennisobject van het recht valt, uit haar gebied te verwijderen. Op die manier wil de Zuivere Rechtsleer de rechtswetenschap van alle vreemde elementen, waaronder: de moraal en de politiek, bevrijden.²² Ongeveer halverwege zijn werk komt Kelsen tot een karakterisering van de Zuivere Rechtsleer. Volgens hem is haar houding niet subjectivistisch, maar objectivistisch en daarmee door en door ‘universalistisch’. Zij beschouwt het recht vanuit het geheel en probeert elk deelfenomeen slechts in systematische relatie met alle andere fenomenen, elk rechtsdeel slechts in functie van het recht als geheel te begrijpen. In die zin heeft de zuivere theorie een waarlijk ‘organisch’ begrip van het recht, maar dan uitgezonderd alle daarmee samenhangende

21 Dante 2001, boek I, hfst. 2.

22 Kelsen 2002, p. 7. Zie ook pp. 18-19 over de ‘anti-ideologische houding’ van de Zuivere Rechtsleer.

moreelpolitieke connotaties en uitsluitend omdat zij het recht als systeem begrijpt, en alle rechtsproblemen alleen als systeemproblemen wil benaderen en als zodanig probeert op te lossen.²³

Zo meent de Zuivere Rechtsleer het voor het volkenrecht hinderlijke probleem van de absolute soevereiniteit van de staat (waarvan er in de wereld vele naast elkaar bestaan) te hebben ‘opgelost’, door de individuele staat metaforisch als ‘orgaan’ van de universele rechtsgemeenschap te beschouwen, waarmee zij enkel tot uitdrukking brengt dat het statelijke rechtssysteem met het internationale rechtssysteem en, door bemiddeling daarvan, met alle andere statelijke rechtssystemen in een functioneel, dus dynamisch, verband staat. Daarbij benadrukt Kelsen evenwel dat de positiefrechtelijke eenheid van het universele rechtssysteem, die door dit verband wordt gevestigd en verzekerd, slechts een kennistheoretische, maar (nog) geen praktisch-organisatorische, eenheid vormt. Door de individuele staat als onderdeel en in functie van het rechtsgeheel te begrijpen, wordt het absolute wezen van de staat gerelativeerd en daarmee het dogmatische probleem van haar soevereiniteit opgelost.²⁴ In ‘architectuur’-overdrachtelijke zin levert dit begrip van de staat als tussenliggende verdieping het volgende, zuiver conceptuele gebouw van de nog altijd in opbouw zijnde universele rechtsorde op: een hiërarchisch-piramidale structuur, met op de brede begane grond de uit individuele mensen bestaande rechtsgemeenschappen, die ieder worden opgenomen in de daarboven liggende tussenverdieping van de statelijke rechtsgemeenschappen, die alle op hun beurt op de smalle topverdieping van de piramide worden omvat door de universele rechtsgemeenschap.²⁵

In de afsluitende paragraaf – getiteld ‘Zuivere Rechtsleer en de ontwikkeling van het wereldrecht’ – lezen we dat Kelsen de theoretische ‘oplossing’

23 *Ibid.*, pp. 52-53.

24 Deze relativisering van de staat gaat zelfs verder: de staat als ‘orgaan’ van het internationale recht is slechts een metafoor voor een schakel in een keten van delegaties van bevoegdheden. Zo delegeert het internationale recht aan de staat de bevoegdheid te bepalen welke persoon als vertegenwoordiger van de staat (bijv. het staatshoofd) de instemming van de staat door een verdrag gebonden te worden tot uiting kan brengen (bijv. door ondertekening). De vertegenwoordiger van de staat is in deze keten van delegatie primair een ‘orgaan’ van het internationale recht en slechts secundair een ‘orgaan’ van zijn eigen staat. Aldus, concludeert Kelsen: “it is not really individual states that create international law by way of treaty, as those writers influenced by the dogma of sovereignty usually stress; rather, it is the community of states or, more correctly, the international legal community – just as it is the state that creates state law by way of state organs.” (Kelsen 2002, p. 123.)

25 *Ibid.*, pp. 122-124. Vgl. Dante's opbouw van de wereldlijke monarchie door Kelsen 1905, p. 135 beschreven.

van het soevereiniteitsdogma rekent tot één van de belangrijkste resultaten van de Zuivere Rechtsleer. Hoewel dit – zo verzekert Kelsen ons – zeker niet met een politieke bedoeling is bereikt, kan het volgens hem toch wel een politieke uitwerking hebben. Het elimineert immers het hoofdinstrument van de subjectivistische en imperialistische ideologie gericht tegen het primaat van het internationale recht dat een onoverkomelijke hindernis vormt voor elke technische ontwikkeling (nl. verdere centralisatie) van de universele rechtsorde. Door het concept van de soevereiniteit te bevrijden van zijn moreelpolitieke betekenis en door op de mogelijk politieke uitwerking daarvan te wijzen, wil de Zuivere Rechtsleer de ontwikkeling van het wereldrecht enkel faciliteren, maar rechtvaardigen of opeisen doet zij haar niet, zodat de zuiverheid van de zuivere theorie niet wordt verloren. Ook de louter op kennis gerichte natuurwetenschappen maken zo onbedoeld immers technische vooruitgang mogelijk. “With this in mind”, zo sluit Kelsen zijn theoretisch hoofdwerk af,

it may be said that the Pure Theory of Law, because it secures the cognitive unity of all law by relativizing the concept of the state, creates a presupposition not without significance for the organizational unity of a centralized system of world law.²⁶

Met deze afsluitende woorden doet Kelsen in 1934 afstand van zijn in 1926 gehouden Haagse voordracht, welke nog was gebaseerd op zijn eerste volkenrechtelijke bijdrage aan de Zuivere Rechtsleer gewijd aan het soevereiniteitsprobleem (1920),²⁷ waarvan het politieke bouwproject voor een Wolffiaanse *civitas maxima* (een soort wereldstaat à la Dante) integraal deel uitmaakte.²⁸ In de conclusie van die voordracht koos Kelsen expliciet en direct voor het – binnen de monistische constructie – theoretisch mogelijke primaat van het internationale recht en dus tégen het evenzo mogelijke primaat van het statelijke recht. Weliswaar niet zozeer om kennistheoretische redenen,²⁹ maar veeleer omwille van de ‘morele superioriteit’ van het daarmee samenhangende objectivisme en pacifisme. Kelsen sloot de voordracht van 1926 dan ook af met de naar de maatstaf van 1934 ‘minder

26 *Ibid.*, pp. 124-125.

27 Kelsen 1920.

28 Langford & Bryan 2013, pp. 86-87.

29 Kelsen 1926, pp. 313-314. Zie ook idem 2002, p. 117 en idem 1952, pp. 435-438.

zuivere' uitroep dat zulk een organisatie van de wereld in één universele staat hét einddoel van elk politiek streven behoort te zijn.³⁰

Niettegenstaande de verhoogde maat van zuiverheid en de striktere scheiding tussen rechtswetenschap en -politiek³¹ die Kelsen in 1934 (en later in hoger mate) tot uitdrukking brengt, kan intussen worden vastgesteld dat de Zuivere Rechtsleer zich impliciet en indirect in dienst stelt – zij het in faciliterende zin – van een evolutionair-technische constructie die moet resulteren in een gecentraliseerde wereldrechtsorde onder het primaat van het internationale recht.³² Ofschoon ook deze eenzijdige dienstbaarheid aan de objectivistische en pacifistische rechtsbeschouwing niet geheel zuiver is, vloeit zij nochtans wel consequent voort uit het door Kelsen zelf aangegeven 'universalistische' karakter van de Zuivere Rechtsleer. Bovendien kan de keuze voor het primaat van het internationale recht volgens Kelsens eigen redenering niet alleen worden gerechtvaardigd op moreelpolitieke maar ook op kennistheoretische gronden, omdat het primaat van het statelijke recht uiteindelijk leidt tot de absurde ontkenning van het bestaan van zowel alle andere staten als het internationale recht als juridisch kennisobject.³³ Daarnaast kan, gelet op Kelsens praktische werk, worden vastgesteld dat voor hem – net als Dante – de praktijk en niet de theorie het einddoel van het recht behoort te zijn. Kelsen had het bij een zuivere conceptualisering, een *Begriffsgebäude*, van het volkenrecht kunnen laten, maar hij heeft het niet nagelaten te streven naar een praktisch-organisatorische (re)constructie van de universele rechtsorde. En hoewel ook tussen dit streven en dat van de zuivere theorie een zekere spanning heerst,³⁴ benadrukken recente publicaties niettemin de complementariteit van Kelsens rechtswetenschappelijke en -politieke werk,³⁵ de consistentie tussen het een en het ander, en de bruikbaarheid van zijn theorie voor de praktijk.³⁶

In 1944, kort vóór het einde van de Tweede Wereldoorlog en het begin van de Verenigde Naties, verschijnt Kelsens *Peace through Law*, zijn politieke (re)constructie van het volkenrechtelijke gebouw. De pacifistische doch

30 Idem 1926, pp. 325-326; vgl. Piret 2012, pp. 429-430.

31 Langford & Bryan 2013, pp. 108-109.

32 Herrera 2004, pp. 63-64.

33 *Ibid.*, p. 70. Zie ook Starke 1998, pp. 546-549 en Rigaux 1998, pp. 341-342.

34 Bernstorff 2010. Zie ook Zolo 1998.

35 Busch et al. 2011, p. 164 voetnoot 4, Vinx 2007, Brunkhorst & Voigt (Hg.) 2008 en Ehs 2009 (Hg.). Zie ook Herrera 1997, 2004.

36 Kammerhofer 2007, pp. 5-7, 24-25 en idem 2009, pp. 225-227.

realistische coördinaten daarvan zet hij in het voorwoord uiteen.³⁷ Als pacifist postuleert Kelsen – gelijk Dante – het ideaal van de wereldvrede als evidente en vaste grondslag:

There are truths which are so self-evident that they must be proclaimed again and again in order not to be doomed to oblivion. Such a truth is: that war is mass murder, the greatest disgrace of our culture, and that to secure world peace is our foremost political task (...); for there is no essential social progress possible as long as no international organization is established by which war between the nations of this earth is effectively prevented.³⁸

Kelsen ontkent niet alle pogingen om het ideaal van de wereldvrede te realiseren die politici en theoretici tot zover deden, maar stelt wel vast dat deze allemaal tevergeefs waren, omdat als het daarom ging politici vaak te weinig ondernamen en theoretici dikwijls te veel droomden. Zo was volgens Kelsen de onderneming van de Volkenbond zeker te weinig en de droom van een wereldstaat (hoe mooi dat gebouw ook is) beslist te veel. Deze laatste vorm van ‘utopisch pacifisme’, waarvan het einddoel (indien al haalbaar) slechts in een verre toekomst bereikt kan worden, ziet hij in 1944 zelfs als een gevaar voor de internationale politiek. Anders dan Dante,³⁹ voegt Kelsen als realist zijn postulaat naar wat politiek mogelijk is. Zijn bouwplan houdt daarom geen radicale omvorming van de internationale organisatie in, maar een stapsgewijze hervorming van haar rechtsorde. Het beoogt enkel een geleidelijke vervolmaking van de ‘sociale techniek’ van het recht om de oorlog effectiever te bestrijden.⁴⁰

Ongetwijfeld fundeert Kelsen zijn *Peace through Law*-project, dat in het navolgende centraal zal staan, op bepaalde waarden die theoretisch niet ‘thuishoren’ in het conceptuele gebouw van de Zuivere Rechtsleer. Het betreft dan ook een praktisch constructieproject dat, op grond van zijn door objectivisme en pacifisme gerechtvaardigde keuze voor het primaat van het internationale recht, tot doel heeft het gebouw van het bestaande volkenrecht – vanuit de basiswaarde van de wereldvrede – te verbeteren.

37 Cf. Fassbender 2008, pp. 127-128. Maar zie ook Zolo 1998 die op Kelsens irreële/utopische standpunten wijst.

38 Kelsen 1944, p. viii.

39 In Kelsen 1905, p. 126 karakteriseerde hij Dante's wereldlijke monarchie reeds als “ein Idealstaat, eine geniale Utopie, die in mehr als einem Punkte mit der grauen Wirklichkeit arg kontrastierte!”, vgl. Cau 2004, p. 146.

40 Kelsen 1944, p. ix. Zie ook idem 1942, pp. 1-2.

Maar ook over deze politieke blauwdruk concluderen recente publicaties dat Kelsen daarin zo ‘dichtbij huis’ is gebleven dat deze zijn zuivere *Begriffsgebäude* in grote lijnen weerspiegelt.⁴¹ En hoewel zijn eigen maatstaf van zuiverheid op dit politieke werk niet van toepassing is, tracht Kelsen als ‘sociaal architect’ de mate van wetenschappelijkheid toch te behouden door – zoals aangestipt – bij zijn strijd tegen de grote schande van oorlog een Popperiaanse ‘stapsgewijze ingenieurskunst’ te bedrijven.⁴²

5.3. Collectieve en individuele aansprakelijkheid

Waar Popper in zijn in 1945 verschenen politiek-filosofische werk *The Open Society and its Enemies* de analogie tussen civiele en internationale vrede en tussen gewone en internationale misdaad als fundamenteel beschouwt voor elke poging om de laatste te voorkomen en denkt dat – gezien deze analogie en ondanks haar beperkingen – de creatie van wereldinstellingen analoog aan de statelijke instellingen ter voorkoming van internationale misdaad “niet eens zo’n moeilijk probleem is”,⁴³ daar levert Kelsen een jaar eerder in *Peace through Law* – met toepassing van dezelfde analogie⁴⁴ – al een bijdrage aan de oplossing van dat institutionele probleem. Primair stelt hij daarin een concepthandvest voor van een na de Tweede Wereldoorlog op te richten ‘*Permanent League for the Maintenance of Peace*’⁴⁵ waarin – gelet op de vooroorlogse ‘fatale constructiefout’⁴⁶ van de ‘architecten’ van het Handvest van de Volkenbond – niet aan een uitvoerende instelling maar aan een rechterlijke instelling een centrale pacificerende plaats moet worden gegeven. In Deel I van *Peace through Law* beargumenteert Kelsen waarom vredeshandhaving door middel van dwingende gerechtelijke conflictbeslechting de eerste evolutionair-technische stap vormt⁴⁷ in de richting van het niet geheel onbereikbare einddoel van een wereldstaat, dat *idealiter* – gegeven het geweldsmonopolie en de centralisering daarvan binnen de gepacificeerde staten – de effectiefste oplossing van het probleem binnen de internationale organisatie zou zijn, maar dat *realiter* – gegeven

41 Busch et al. 2011, p. 170 en Schmädell 2011, p. 76. Zie ook Landauer 2003, p. 776.

42 Popper 2009, pp. 187-198.

43 *Ibid.*, pp. 144 en 191 (zie ook de bijbehorende voetnoten).

44 Kelsen 1944, pp. 3-13.

45 *Ibid.*, Annex I, pp. 127-140.

46 *Ibid.*, p. 49. Vgl. Fassbender 2008, pp. 128-129 en Zolo 2007, p. 800.

47 Kelsen 1944, pp. 3-67. Zoals in mijn vorige artikel beschreven: Notermans 2011a, p. 39 e.v. (dit proefschrift, hfst. 4, p. 79 e.v.).

de (toenmalige) politieke werkelijkheid en soevereine gelijkheid van staten – nog (lang) niet haalbaar is.⁴⁸ De bouw van een internationaal gerechtshof met verplichte jurisdictie is dan ook een eerste bescheiden, doch onmisbare, stap naar een effectievere hervorming van de wereldvredeorganisatie, welk gerechtsgebouw de institutionele en idiosyncratische kern vormt van Kelsens blauwdruk.⁴⁹

Subsidiair tekent Kelsen daarbij een ontwerp op van een aantal '*Treaty Stipulations Establishing Individual Responsibility for Violations of International Law*'⁵⁰ waarin – gelet op de in de oorlog ontstane behoefte aan bestraffing van oorlogsmisdadigers⁵¹ – de dwingende rechtsmacht van het internationaal gerechtshof over alle lidstaten met de strafrechtelijke constructie van individuele aansprakelijkheid over al hun burgers wordt uitgebreid. In Deel II van *Peace through Law* onderbouwt Kelsen waarom

one of the most effective means to prevent war and to guarantee international peace is the enactment of rules establishing individual responsibility of the persons who as members of government have violated international law by resorting to or provoking war.⁵²

Daarmee komt Kelsen in wezen al tegemoet aan de later door Popper gesignaleerde beperkingen van de analogie tussen civiele en internationale vrede, te weten: dat een staat als 'eenheid' van de internationale organisatie nooit haar *natuurlijke* eenheid kan zijn, zoals een burger dat wel is van de staat, en dat de internationale organisatie zich niet tot haar 'eenheden' – de staten of naties – kan beperken, maar zich in laatste instantie ook met de *menselijke* eenheden van de staat – de burgers of individuen – moet bezighouden.⁵³ De uitbreiding van de rechtsmacht van het internationaal gerechtshof op individueel strafrechtelijk gebied is dus een tweede, aanvullende stap ter vervolmaking van de effectiviteit van het gerechtelijk vredesbouwwerk, welke strafrechtelijke 'uitbouw' het kernonderwerp zal vormen van de resterende paragrafen van mijn artikel.

48 Busch et al. 2011, p. 168 en Schmädél 2011, p. 75.

49 Kelsen 1944, p. 14 (zie ook de bijbehorende voetnoot waarin Kelsen verwijst naar zijn eerdere geschriften daterend van 1934 tot 1944). Vgl. Bernstorff 2010, p. 191 en Telman 2011, p. 519.

50 Kelsen 1944, Annex II, pp. 141-148. In par. 6 ga ik nader in op de inhoud van deze '*Treaty Stipulations*'.

51 Kelsen 1943, pp. 530-571 en idem 1945, pp. 8-12.

52 Kelsen 1944, p. 71.

53 Popper 2009, pp. 664-665.

Nemen we Kelsens constructievoorschriften ter hand, dan moet volgens zijn ontwerp van strafrechtelijke conflictbeslechting eerst zijn voldaan aan de vestiging van individuele aansprakelijkheid. Ook volgens het hier als richtsnoer dienende argument van Dante ligt deze individuele aansprakelijkheid voor de hand, zo stelt hij immers: “Altijd kan zich tussen twee heersers een conflict voordoen, en wel of door hun eigen schuld of door die van hun onderdanen, dat spreekt vanzelf.” Dat in zo’n geval ook een mogelijkheid bestaat het conflict *strafrechtelijk* te beslechten door de heersers dan wel hun onderdanen daarvoor *individueel* aansprakelijk te stellen, is echter (lang) niet zo vanzelfsprekend (geweest) als Dante zich dat voorstelt. In de rest van deze paragraaf wordt nu de geleidelijke evolutie van collectieve naar individuele aansprakelijkheid en het effect daarvan op vredeshandhaving nader onderzocht.

In Kelsens ‘jeugd’-onderzoek naar Dante’s begrip van de verhoudingen tussen de wereldlijke monarchie en de aan haar ondergeschikte deelgemeenschappen en tussen de monarch (in hoedanigheid van ‘wereldrechter’) en de onder zijn directe rechtsmacht vallende heersers en onderdanen (in hoedanigheid van ‘wereldburgers’),⁵⁴ kan men al Kelsens eigen latere begripsvorming ontdekken, en dan niet alleen over de constructie van een internationale rechtsorde die alle statelijke rechtsordes omvat maar ook over de erkenning van het individu als subject van de allesomvattende universele rechtsorde.⁵⁵ Hoewel Kelsens theorie dus vanaf het prille begin open staat voor de erkenning van het individu als natuurlijk subject van het internationale recht, nemen zijn begrippen van het internationale strafrecht en de daarvoor noodzakelijke vestiging van individuele aansprakelijkheid toch pas concrete vormen aan tijdens en net na de Tweede Wereldoorlog.⁵⁶ In de jaren 1940-1941 houdt Kelsen een zestal voordrachten (*The Oliver Wendell Holmes Lectures*) aan de Harvard Law School, getiteld: *Law and Peace in International Relations*. Aan het begin van de vierde voordracht stelt hij de traditionele kwestie van de subjecten van het internationale recht ter discussie: “Only states subjects of international law?”⁵⁷ Om Kelsens antwoord daarop – niet alleen staten, maar ook individuen worden steeds directer onderworpen aan het internationale recht doordat het, net als alle

54 Kelsen 1905, pp. 129 en 132.

55 Kelsen 1926, pp. 263-320, idem 2002, pp. 108-111 en idem 1952, pp. 96-148; vgl. Cau 2004, p. 146.

56 Gattini 2004, pp. 795-796.

57 Kelsen 1942, p. 86. Traditioneel beantwoordde men deze vraag bevestigend: sinds Hugo de Groot vatte men het internationale recht op als een interstatelijk systeem, waarvan de subjecten uitsluitend de soevereine staten waren (Zolo 1998, p. 314), welke opvatting concrete uitdrukking vond in het Westfaalse systeem (1648-1815).

recht, uiteindelijk altijd menselijk gedrag normeert en sanctioneert⁵⁸ – te kunnen begrijpen, is zijn onderscheid tussen individuele en collectieve aansprakelijkheid van belang.

Enerzijds is er aansprakelijkheid in *individuele* zin, kenmerkend voor de technisch meer ontwikkelde rechtsorde, waarin de sanctie van het recht – ontneming van iemands leven, vrijheid of eigendom – slechts is gericht tegen diegenen wier gedrag het object vormt van de rechtsnorm en wier onrechtmatig gedrag het delict vormt als voorwaarde voor de sanctie. Een dergelijke rechtsorde voldoet immers aan de meer verfijnde rechtstechniek die voorschrijft dat enkel en alleen degene die het delict (met opzet) pleegt, bijv. een moord, daarvoor aansprakelijk is en dat de sanctie, bijv. een gevangenisstraf, enkel en alleen aan de delinquent, de moordenaar, wordt opgelegd. Anderzijds is er aansprakelijkheid in *collectieve* zin, karakteristiek voor de primitieve rechtsorde die nog niet aan die techniek voldoet. In een dergelijke rechtsorde wordt het niet als onrechtvaardig beschouwd dat de sanctie niet slechts is gericht tegen de moordenaar zelf, maar ook tegen zijn verwanten, tegen al degenen die tot zijn familie of stam behoren. Niet alleen hij die het delict daadwerkelijk (en opzettelijk) pleegt, maar de hele sociale groep waartoe die delinquent behoort, is aansprakelijk en zo wordt ook een moord, gepleegd door één lid van de groep, gelijk gewroken op al haar leden.⁵⁹

Zoals bekend, typeert Kelsen de internationale rechtsorde als primitief omdat deze zich in meerdere opzichten – met name qua geweldsmonopolie en de centralisering daarvan – aan het begin van een ontwikkeling bevindt die de statelijke rechtsorde reeds heeft voltooid. Richten we ons op aansprakelijkheid, dan zien we dat de primitieve techniek van collectieve aansprakelijkheid in het internationale recht nog overheersend is. Analoog aan de sancties van het statelijke recht, bestaan beide sancties van het internationale recht – represailles en oorlog – uit ontneming van leven, vrijheid of eigendom van individuen. Echter, de individuen die aan represailles of oorlog worden geslachttofferd zijn niet noodzakelijk, en in feite bijna nooit, dezelfde als degenen die het internationale delict (met opzet) plegen. De vraag of represailles worden genomen dan wel oorlog wordt gevoerd tegen een staat – oftewel een gehele natie – is namelijk onafhankelijk van de vraag welke individuen, als organen van die staat – dikwijls het staatshoofd, de leden van de regering of het leger –, het internationale delict daadwerkelijk

58 Jakab 2008, p. 199. Zie ook Zolo 1998, p. 314.

59 In dit, door Kelsen ook wel als *vendetta* getypeerde, systeem wordt dus de techniek van bloedwraak gebruikt.

(en opzettelijk) hebben gepleegd. Welnu, naarmate het internationale recht evolueert en individuen steeds directer aan zich zal onderwerpen, krijgt ook de techniek van individuele aansprakelijkheid meer de overhand en zullen de internationaalrechtelijke sancties van represailles en oorlog grotendeels worden vervangen door en zich beperken tot strafrechtelijke sancties tegen individuen, althans zo valt uit Kelsens begrip van de stapsgewijze ontwikkeling van collectieve naar individuele aansprakelijkheid af te leiden.⁶⁰

Op de valreep van de Tweede Wereldoorlog, verschijnt in 1944 het uit twee delen bestaande rechtspolitieke werk *Peace through Law*. Aan het begin van het tweede deel laat Kelsen zien wat die zeer geleidelijke, voor de handhaving van de vrede uiterst effectieve, ontwikkeling van collectieve naar individuele aansprakelijkheid in het internationale recht in het bijzonder behoort te betekenen voor de bestraffing van oorlogsmisdadigers na de oorlog.⁶¹ De bestraffing van oorlogsmisdadigers vereist volgens Kelsen bovenal “to punish the authors of the second World War, the persons morally responsible for one of the greatest crimes in the history of mankind.”⁶² Dit betekent dus niet het straffen van een staat als collectief, een staat als rechtspersoon, maar het aansprakelijk stellen van individuele personen door hen te straffen voor misdaden die zijzelf hebben gepleegd, op hun bevel of met hun toestemming. Om de juridische mogelijkheid hiervan aan te tonen, onderkent Kelsen ook hier weer het belangrijke onderscheid tussen de primitieve sancties van het internationale recht (represailles en oorlog), die collectieve aansprakelijkheid impliceren, en de moderne sancties van het nationale strafrecht (bijv. gevangenisstraf), die individuele aansprakelijkheid behelzen, maar probeert hij dit onderscheid dadelijk te relativeren.

Zo is – in het kort – de definitie van ‘straf’ als ontneming van leven, vrijheid of eigendom van individuen toepasbaar op zowel de sancties van het nationale strafrecht als die van het internationale recht, zodat een interpretatie van represailles en oorlog als ‘straf’ (direct gericht tegen de staat, indirect tegen individuen) op zich mogelijk is; kent de regel ‘geen straf zonder schuld’ (als de staat niet schuldig kan zijn, kan hij ook niet worden gestraft) in sommige strafrechtelijke stelsels belangrijke uitzonderingen; en kan in het nationale strafrecht de schuld van individuen, als organen

60 Kelsen 1942, pp. 96-102. Zie ook idem 2002, pp. 108-111; vgl. Ferraro 2002, pp. 7-8.

61 Zie hierover ook reeds het een jaar eerder verschenen, kleinere geschrift: Kelsen 1943.

62 Kelsen 1944, p. 72. Naast bestraffing van schendingen van het *ius ad bellum* (misdaden tegen de vrede) houdt bestraffing van ‘oorlogsmisdadigers’ volgens Kelsen ook in het straffen van ‘oorlogsmisdaden’ *sensu stricto* (schendingen van het *ius in bello*). Deze bespreekt Kelsen op p. 91 e.v. Ik beperk me hier tot de eerste categorie.

van een rechtspersoon, worden toegerekend aan die rechtspersoon (dus in principe ook aan de staat).⁶³ Echter, wat nog belangrijker is, het internationale recht kent ook steeds meer uitzonderingen op de regel van collectieve aansprakelijkheid. Er zijn immers internationaalrechtelijke normen waarin de persoon, tegen wie de sanctie behoort te worden gericht, individueel wordt aangewezen als de persoon die, door zijn eigen gedrag, het internationale recht heeft geschonden. Als voorbeelden van strafrechtelijke normen, waarin individuen direct worden onderworpen aan het internationale recht, noemt Kelsen regels die piraterij, smokkelhandel, zeeblokkades en de 'oorlogsmisdaden' in strikte zin (*ius in bello*) verbieden. Kelsens antwoord op de hiervoor gestelde, maar nu op het strafrecht toegespitste, vraag komt op hetzelfde neer: "the doctrine that international law by its very nature cannot oblige individuals, and hence cannot have the character of criminal law, is not correct."⁶⁴

De bestraffing van 'oorlogsmisdadigers' in de zin van de aanstichters van oorlog, dus: de personen die als organen van de staat in strijd met het internationale recht hun toevlucht nemen tot oorlog of deze veroorzaken, en daarmee 'misdaden tegen de vrede' (*ius ad bellum*) plegen, was ten tijde van de Tweede Wereldoorlog nog niet strafrechtelijk genormeerd. De enige sanctie die tegen een dergelijke schending van het internationale recht destijds voor de aangevallen staat was toegelaten, was de laatste primitieve toevlucht van het internationale recht zelf, te weten: de oorlog. Om aan deze spiraal van collectief geweld een eind te maken en tegelijk aan de algemene behoefte van bestraffing te voldoen, moest volgens Kelsen op grond van een internationaal verdrag na de oorlog een internationaal gerechtshof worden opgericht dat het straffen van personen voor onder andere misdaden tegen de vrede – die zij weliswaar als organen van de staat hadden gepleegd, maar waarvoor zij individueel aansprakelijk konden worden gesteld – juridisch mogelijk zou maken.⁶⁵ Zoals gezegd, heeft Kelsen in *Peace through Law* hiertoe een ontwerpverdrag opgetekend,⁶⁶ welke ik pas in de slotparagraaf zal bespreken, maar dan in vergelijking met de huidige verdragen van de permanente (straf)hoven te Den Haag. De onderhavige paragraaf wil ik afronden met de vernietigende doch verhelderende kritiek die Kelsen in

63 *Ibid.*, pp. 72-74.

64 *Ibid.*, pp. 75-78. Zo past een staat, die in zijn nationale strafwet aan piraterij een individuele straf verbindt en op grond daarvan via zijn nationale gerechten individuele piraten berecht en bestraft, in hoedanigheid van orgaan van de internationale gemeenschap direct internationaal strafrecht toe op individueel menselijk gedrag.

65 *Ibid.*, pp. 81-86.

66 Zie voetnoot 50.

1947 heeft geuit op het (vonnis van het) door de Overeenkomst van Londen opgerichte Internationaal Militair Tribunaal,⁶⁷ dat – zoals bekend – was belast met de berechting en bestraffing van de grote oorlogsmisdadigers van de Europese As. De bezwaren die Kelsen oppert tegen de wijze waarop de individuele aansprakelijkheid toen voor het eerst in de geschiedenis (op één uitzondering na: zie par. 4 en 5) internationaalrechtelijk werd gevestigd, maakt immers duidelijk wat volgens hem een werkelijke stap voorwaarts in de richting van individuele aansprakelijkheid zou zijn geweest.

Eén van de, bekendste doch voor Kelsen minst gewichtige, bezwaren is dat het recht dat door het Neurenberg Tribunaal werd toegepast, een *ex post facto* strafbaarstelling inhield. De Overeenkomst van Londen voorzag namelijk in individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid (art. 6 Handvest) voor misdaden tegen de vrede die op het moment dat deze werden gepleegd niet strafbaar waren. Het verbod van terugwerkende kracht werd dus strikt genomen niet gerespecteerd door die Overeenkomst. Kelsen wijst echter op belangrijke uitzonderingen op dit verbod.⁶⁸ Een retroactieve regel die voorziet in individuele straffen voor handelingen die niet strafbaar maar wel onrechtmatig (en bovendien immoreel) waren op het moment dat deze werden verricht, is volgens hem een gerechtvaardigde uitzondering op het verbod van retroactieve regelingen. Juist de Overeenkomst van Londen was zo'n regeling, want zij was slechts retroactief voor zover ze individuele aansprakelijkheid vestigde voor misdaden die op het moment dat deze werden gepleegd schendingen opleverden van het bestaande internationale recht, dat evenwel enkel voorzag in collectieve aansprakelijkheid.⁶⁹ Het verbod van terugwerkende kracht is weliswaar een beginsel van (goede) rechtspleging, zo geeft Kelsen toe, maar, zo vervolgt hij meteen:

Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility, the typical technique of primitive law.(...) In case of two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the second World War may certainly be

67 Het Handvest van het Internationaal Militair Tribunaal, dat de samenstelling, rechtsmacht en functies van het Tribunaal regelt, werd opgenomen in de Overeenkomst van Londen (1945).

68 Kelsen 1947a, p. 164. Zie hierover ook reeds het twee jaar eerder verschenen geschrift: Kelsen 1945.

69 Denk m.n. aan het Verdrag tot uitbanning van de oorlog als werktuig van nationale politiek, het zgn. 'Briand-Kellogg Pact' gesloten te Parijs (1928).

considered as more important than to comply with the rather relative rule against *ex post facto* laws, open to so many exceptions.⁷⁰

Op deze naar Kelsens eigen criterium 'iets minder zuivere' rechtvaardiging van de *ex post facto* strafbaarstelling in de Overeenkomst van Londen, volgt zijn belangrijkste bezwaar tegen de manier waarop de strafrechtelijke aansprakelijkheid daarin was geregeld. Die regeling was niet consequent, niet beginselvast genoeg. Volgens Kelsen was haar grootste waarde dat zij het beginsel van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schendingen van het internationale recht bekrachtigde en zodoende de primitieve techniek van collectieve aansprakelijkheid verbeterde. Maar tegelijk machtigde zij het Neurenberg Tribunaal groepen of organisaties als 'criminele organisaties' te bestempelen en verleende zij de bevoegde nationale autoriteiten van de overeenkomende partijen het recht individuen te vervolgen voor hun lidmaatschap daarvan, in welk geval het criminele karakter van die groep of organisatie bewezen werd geacht en buiten twijfel stond (art. 9/10 Handvest). Dit betekende dus dat een individu kon worden gestraft, niet omdat hij door zijn eigen gedrag een misdaad had gepleegd, maar omdat hij behoorde tot een organisatie die door het Tribunaal crimineel was verklaard.⁷¹ Hoewel het Tribunaal zelf de reikwijdte van deze collectieve aansprakelijkheid zoveel mogelijk heeft proberen te beperken door zijn discretionaire bevoegdheid op dit punt uit te oefenen overeenkomstig gevestigde rechtsprincipes, zoals de regel 'geen straf zonder schuld', waren deze principes niet neergelegd in de Overeenkomst van Londen, zodat de nationale gerechten daaraan in de vervolging van individuen voor hun lidmaatschap van een criminele organisatie niet waren gebonden. Aangezien alleen de bepalingen neergelegd in die Overeenkomst over 'criminele organisaties' bindend waren, vormden deze bepalingen daarom volgens Kelsen: "a regrettable regress to the backward technique of collective responsibility, in open contradiction to the progress made by the Agreement in establishing the opposite principle in its provisions concerning crimes against peace."⁷² Kortom: door niet consequent voor de vestiging van individuele aansprakelijkheid te kiezen, bestond het gevaar dat men zou teruggrijpen naar het collectieve middel van oorlog om de misdaden tegen de vrede te wreken.

70 Kelsen 1947a, p. 165. Zie ook idem 1944, pp. 87-88; vgl. Gattini 2004, pp. 799-801.

71 Het Neurenberg Tribunaal verklaarde de groep van politieke leiders van de Nazipartij, de Gestapo, de SD en de SS tot 'criminele organisaties'.

72 Kelsen 1947a, pp. 166-167.

5.4. Onrechtmatige en rechtmatige oorlog

Aan het slot van de tweede en het begin van de derde paragraaf verwees ik naar het in 1945 verschenen werk *The Open Society and its Enemies*, waarin Popper – als het gaat om de te hanteren techniek bij het (op)bouwen van een samenleving of een staat – de ‘utopische technologie’ aanvalt en pleit voor een ‘stapsgewijze technologie’. Niet de reorganisatie van de samenleving als geheel met als einddoel de ‘ideale staat’, maar de hervorming van op zichzelf staande instellingen als middel ter bestrijding van de grootste kwalen van de samenleving, is volgens Popper de methodologisch gezonde en enig rationele aanpak.⁷³ Past men deze aanpak toe op de constructie van de internationale rechtsorde en wil men daarbinnen de grootste internationale misdaad, te weten de oorlog,⁷⁴ trachten te voorkomen, dan gelooft Popper – zoals gezegd – dat wereldinstellingen analoog aan de statelijke instellingen even effectief moeten zijn in het handhaven van de vrede als deze laatste binnen de nationale rechtsorde, maar waarschuwt hij direct dat we ook niet meer moeten verwachten:

Wij zijn in staat geweest de misdaad binnen de staten tot iets betrekkelijk onbelangrijks terug te brengen, maar we hebben die misdaad niet kunnen uitroeien. Daarvoor zullen we nog heel lang een politie nodig hebben die klaarstaat om toe te slaan en dat van tijd tot tijd ook doet. Zo geloof ik ook dat we ons moeten voorbereiden op de mogelijkheid dat we de internationale misdaad evenmin volledig kunnen uitroeien. Als we verklaren dat ons doel is oorlog eens en voor altijd onmogelijk te maken, dan nemen we te veel hooi op onze vork, met het fatale resultaat dat we misschien geen gewapende macht hebben die klaarstaat om toe te slaan wanneer die hoop de bodem wordt ingeslagen.⁷⁵

Op Popperiaanse wijze vangt Kelsen zijn tweede voordracht in *Law and Peace* aan met dezelfde kwestie van de internationale vrede: “how can war or any other use of force be prevented within the international community, in the relations between states?”⁷⁶ Om deze dringende kwestie op te lossen, richt ook Kelsen zich naar de staat waarbinnen in de relaties tussen burgers het doel in de regel is bereikt. Uitzonderingen daargelaten, is binnen de

⁷³ Popper 2009, pp. 187-191.

⁷⁴ Zie voetnoot 153.

⁷⁵ Popper 2009, p. 664.

⁷⁶ Kelsen 1942, p. 27.

staat immers het gebruik van geweld effectief uit handen van de burgers genomen en is het rechtmatig gebruik daarvan slechts voorbehouden aan een centraal orgaan als reactie tegen onrechtmatig handelen. De meest ideale oplossing lijkt derhalve te zijn de vereniging van alle staten in één wereldstaat waarbinnen al hun gewapende macht wordt gebundeld en beschikbaar wordt gesteld aan één centrale regering. Nochtans acht Kelsen de idee van zo'n wereldstaat niet meer dan een utopische blauwdruk, aangezien die onder de (toenmalige) politieke omstandigheden en het heersende soevereiniteitsdogma (voorlopig) niet kan (kon) worden uitgevoerd. Vanuit realistisch oogpunt, kan de oplossing van het probleem daarom alleen worden gezocht in het dragende geraamte van de constructie van het internationale recht. Om de oorlog effectief te bestrijden, waarbij het – zoals we zullen zien – echter niet de bedoeling is deze volledig uit te bannen, dient de internationale rechtsorde stapsgewijs te worden hervormd (nl. verder gecentraliseerd) – te beginnen met de instelling van een centraal gerechtshof – met gebruikmaking van de haar ter beschikking staande middelen (represailles en oorlog⁷⁷), zonder de internationale rechtsorde zo verregaand te centraliseren dat zij haar specifieke karakter zou verliezen en zou veranderen in een nationale rechtsorde.⁷⁸

Welnu, zo stelt Kelsen in Deel II van *Peace through Law*, het is een dragend beginsel van internationaal recht “that war is permitted only as a reaction against a wrong suffered – that is to say, as a sanction – and that any war which has not this character is a delict, i.e., a violation of international law.”⁷⁹ Dit onderscheidend beginsel is naar Kelsens visie de kern van de *bellum iustum* doctrine en vereist in zijn ogen, althans zo zal ik verderop nog betogen, de rechterlijke bevoegdheid om over de (on)rechtmatigheid van oorlog te kunnen beslissen, over welke bevoegdheid het gerechtelijk vredesbouwwerk dan ook moet beschikken wil het de vrede in de wereld effectief kunnen handhaven. Evenals bij de keuze voor het primaat van het internationale recht (zie par. 2), geeft Kelsen expliciet toe dat het niet zozeer een wetenschappelijke maar veeleer een politieke beslissing is die

77 Volgens Kelsen *ibid.*, p. 33 berust het onderscheid tussen represailles en oorlog op de mate van inmenging: “whether this interference is in principle limited or unlimited, whether the action undertaken against a state is aimed solely at the violation of certain interests of this state, or is directed toward its complete submission or total annihilation.” Wat de represailles betreft, die een beperkte inmenging beogen, is zijns inziens sprake van een *opinio iuris* dat deze als sanctie of delict kunnen worden aangemerkt. Hierna beperk ik mij nu tot de oorlog.

78 *Ibid.*, pp. 28-29.

79 Idem 1944, p. 71.

leidt tot de voorkeur voor de theorie van de rechtvaardige oorlog.⁸⁰ Maar ook hier wordt de voorkeur – volgens Kelsens eigen argumentatie – niet alleen gerechtvaardigd op moreelpolitieke maar ook op kennistheoretische gronden, omdat het de enige *juridische* interpretatie is van het concept ‘oorlog’ (als sanctie of delict) die het mogelijk maakt het internationale recht als echt, zij het nog primitief, recht te (h)erkenen.⁸¹ Bovendien is Kelsens hernieuwde versie van de aloude natuurrechtelijke *bellum iustum* doctrine⁸² zodanig geformaliseerd en gesecculariseerd (ontdaan van de ethisch-theologische inhoud)⁸³ dat het in zijn geval juist is te spreken van de theorie van de rechtmatige oorlog.⁸⁴ Op de argumentatie van zijn theorie ga ik nu nader in.

Halverwege de tweede voordracht in *Law and Peace*⁸⁵ voert Kelsen ten bewijze van zijn versie van de *bellum iustum* doctrine, die – kort gezegd – stelt dat het internationale recht de oorlog principieel verbiedt en bij (hoge) uitzondering toestaat als sanctie, het eerste van de vijf argumenten aan. In dit eerste argument doet hij een beroep op de algemeen heersende (inter)nationale rechtsopvatting (*opinio iuris*). Immers, gaat men de historische documenten na, in het bijzonder oorlogsverklaringen en vredesverdragen tussen staten, dan blijkt daaruit duidelijk dat de staten en hun respectievelijke regeringen de oorlog als een ‘onrechtmatige’ handeling beschouwen, in de regel verboden door het internationale recht en slechts toegestaan als reactie tegen aangedaan ‘onrecht’. Dit bewijst volgens Kelsen het bestaan van een rechtsovertuiging in overeenstemming met de stelling van de theorie van de rechtvaardige oorlog. En zelfs al heeft zo’n rechtvaardiging vaak een meer morele dan strikt juridische betekenis, dan nog mag deze naar Kelsens zienswijze niet zomaar worden onderschat, want, zo voorziet hij:

80 Idem 1942, p. 54; vlg. Gattini 2004, p. 798.

81 Herrera 2004, p. 70. Zie over “war: its concept” en “war: its legal interpretation”, Kelsen 1952, pp. 25-44.

82 Zie over de hernieuwing van de *bellum iustum* theorie aan het begin van de 20ste eeuw: Yamauchi 2008 (i.h.b. pp. 11-13 over “Kelsen’s [New] Just War Theory”) en voor enige kritiek op Kelsens hergebruik van deze theorie die moeilijk te verenigen lijkt met zijn veroordeling van iedere vorm van natuurrecht: Rigaux 1998, pp. 335-341.

83 Kammerhofer 2009, p. 230 en (kritisch) Zolo 1998, pp. 312-313.

84 Cf. Jakab 2008, p. 197 voetnoot 32: “Es wäre von Kelsen treffender gewesen, von *bellum legale* zu sprechen, da er keine moralischen Implikationen andeuten wollte.”

85 Zie voor vrijwel dezelfde argumentatie van de *bellum iustum* doctrine, Kelsen 2006, pp. 331-341.

in the last analysis, international morality is the soil which fosters the growth of international law. It is international morality, which determines the general direction of the development of international law. Whatever is considered 'just' in the sense of international morality has at least a tendency of becoming international 'law'.⁸⁶

De tweede bewijsgrond voor de idee van *bellum iustum* vindt Kelsen in het positieve internationale recht. Daarbij beroept hij zich op een drietal – in het interbellum – belangrijke internationale verdragen. Zo rechtvaardigde art. 231 van het Verdrag van Versailles⁸⁷ de herstelbetalingen die aan Duitsland werden opgelegd, door te stellen dat Duitsland en zijn bondgenoten verantwoordelijk waren voor de door hen begane 'agressie' tegen de Geallieerden. Dit betekent volgens Kelsen dat deze agressie door art. 231 werd aangemerkt als een 'onrechtmatige' handeling – een delict – hetgeen onmogelijk zou zijn geweest indien de opstellers van het vredesverdrag de overtuiging hadden gedeeld dat elke staat het recht had een oorlog te beginnen om welke reden en tegen welke staat dan ook. De agressie van Duitsland en zijn bondgenoten werd als 'onrechtmatig' beschouwd, omdat de oorlog die zij in 1914 waren begonnen werd gezien als een oorlog die ten onrechte aan de Geallieerden was 'opgelegd'. Dit woordgebruik kan naar Kelsens mening slechts zo worden uitgelegd dat Duitsland en zijn bondgenoten een agressieve oorlog waren begonnen zonder voldoende reden, zonder dat hen 'onrecht' was aangedaan. Voorts stond art. 15 van het Handvest van de Volkenbond⁸⁸ lidstaten toe om, onder bepaalde omstandigheden, tot een oorlog tegen andere lidstaten over te gaan, maar alleen "for the maintenance of right and justice." Dus alleen een rechtvaardige (in Kelsens uitleg: rechtmatige) oorlog werd door het Handvest toegestaan. Ten slotte werd in art. 1 van het Briand-Kellogg Pact⁸⁹ de oorlog verboden, echter alleen

86 Kelsen 1942, pp. 37-38.

87 Art. 231 werd opgenomen in Deel VIII van het Verdrag van Versailles (1919) en luidde: "The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies."

88 Het Handvest van de Volkenbond werd opgenomen in Deel I van het Verdrag van Versailles (1919).

89 Art. 1 van het nog immer geldende Verdrag tot uitbanning van de oorlog als werktuig van nationale politiek, het zgn. 'Briand-Kellogg Pact' gesloten te Parijs (1928), luidt: "De Hooge verdragsluitende Partijen verklaren plechtig, elk in naam van haar volk, dat zij het gebruik maken van den oorlog voor de regeling van internationale geschillen veroordeelen en daarvan afstand doen als werktuig van nationale politiek in hare betrekkingen tot elkander."

als middel van *nationale* politiek. Dit aldus geformuleerde verbod betekent redelijkerwijs, zo legt Kelsen de bepaling althans uit, dat oorlog niet is verboden als middel van *internationale* politiek, maar slechts is toegestaan als een reactie – een sanctie – tegen schendingen van het internationale recht. En: “This is exactly the idea of the *bellum justum* theory”,⁹⁰ aldus Kelsen.

Voor het derde argument gaat Kelsen terug naar de oorsprong van de idee van *bellum iustum* in de primitieve gemeenschappen. Hij ziet de zojuist genoemde, uit historische documenten en internationale verdragen blijkende, rechtsopvatting (*opinio iuris*) alles behalve als een prestatie van de moderne beschavingen. Immers, uit antropologische en etnologische studies leidt Kelsen af dat die (rechts)opvatting reeds leefde onder de meest primitieve volken en dat die door zelfs de meest wilde volksstammen werd gehuldigd. Oorlog tussen die volksstammen was in essentie een *vendetta*, een vorm van bloedwraak, en als zodanig een reactie tegen een inbreuk op bepaalde belangen, tegen datgene wat door hen als ‘onrecht’ werd beschouwd. *Vendetta* was dus waarschijnlijk de oorspronkelijke vorm van een sociaal georganiseerde reactie tegen gedaan ‘onrecht’, de eerste sociaal georganiseerde sanctie. Definieert men het recht, zoals Kelsen dat doet, als een dwangorde die voorziet in sociaal georganiseerde sancties, dan moet het recht tussen volksstammen de oorspronkelijkste vorm van recht zijn geweest en als zodanig de allereerste vorm van ‘volken’-recht. Uit voornoemde studies, waarin oorlogen tussen primitieve volken worden beschreven en waarnaar Kelsen verwijst, blijkt dat die volken over het algemeen handelden naar de overtuiging van wat in de kern genomen de idee is van de rechtvaardige oorlog. Welnu, zo stelt Kelsen: “If international law is a primitive law”, zoals hij dadelijk in het vijfde argument zal aantonen, “then it is quite natural that the principle of *bellum justum* has been conserved in this legal order.”⁹¹

De vierde grond voor het bewijs van de *bellum iustum* doctrine kan worden gevonden in de theorievorming daaromtrent vanaf de Oudheid tot in de Moderne Tijd. Daarbij beroept Kelsen zich op een aantal belangrijke (rechts)filosofen. Wat betreft de oude Romeinen, verwijst hij naar Cicero die de stelling verkondigde dat oorlogen slechts dan als rechtvaardig kunnen worden beschouwd indien deze worden gevoerd om redenen van verdediging of om aangedaan ‘onrecht’ te wreken. Oorlogen gevoerd zonder reden zijn dus onrechtvaardig. Via de geschriften van Augustinus en Isidorus van Sevilla, die in hun theorieën van de rechtvaardige oorlog waren beïnvloed

90 Kelsen 1942, pp. 38-39.

91 *Ibid.*, pp. 40-43.

door Cicero, werd de toen Christelijke theorie op haar beurt overgenomen door Thomas van Aquino, waarna het de heersende doctrine werd van de Middeleeuwen tot in de natuurrechtstheorieën van de Moderne Tijd. Wat die laatste tijd betreft, refereert Kelsen aan Hugo de Groot die de opvatting huldigde dat volgens het natuurrecht elke oorlog een rechtvaardige reden (*iusta causa*) moet hebben en dat deze reden slechts gelegen kan zijn in aangedaan 'onrecht'. Deze opvatting echter, die overheersend bleef gedurende de achttiende eeuw, zo eindigt Kelsen zijn rechtshistorische beschrijving: "disappeared almost entirely from the theories of positive international law during the nineteenth century, although it still formed the basis of public opinion and of the political ideologies of the different governments."⁹²

Aangezien de *bellum iustum* doctrine door de meeste rechtsgeleerden van zijn tijd niet meer werd erkend als dragend beginsel van het positieve internationale recht, voelt Kelsen zich genoodzaakt ook uitvoerig de belangrijkste bezwaren daartegen te behandelen. Ik ga hier niet al deze bezwaren bespreken, maar voordat ik overga tot het vijfde en laatste argument voor de theorie, noem ik wel het meest gewichtige bezwaar tegen de theorie, omdat Kelsens toegevende beoordeling daarvan duidelijk maakt wat in zijn ogen nodig zou zijn om dit bezwaar uit de weg te ruimen. De tegenstanders van de *bellum iustum* doctrine stellen dat volgens het internationale recht de oorlog noch als delict noch als sanctie kan worden geïnterpreteerd,⁹³ want: wie moet er in een concreet geval beslissen over de omstrede vraag of de ene staat een recht van een andere staat heeft geschonden? Het recht ten tijde van de Volkenbond kende namelijk geen internationaal gerechtshof met *dwingende jurisdictie* dat daarover een *algemeen geldige* beslissing kon geven, zodat een dergelijk conflict slechts kon worden beslecht door *wederzijdse overeenstemming* tussen partijen (evt. te bereiken d.m.v. arbitrage), hetgeen tot de uitzonderingen behoorde omdat een staat niet gauw een schending van een recht van een andere staat toegaf. Wanneer in de regel geen overeenstemming kon worden bereikt tussen de strijdende partijen, kon dus niet eensluidend worden vastgesteld of het internationale recht al dan niet was geschonden en, zo ja, ook niet wie voor die schending aansprakelijk was. Bij gebrek aan een eensluidende (objectieve) vaststelling of in een concreet geval sprake was van een delict, bestond dan evenmin

92 *Ibid.*, pp. 43-45.

93 Cf. Yamauchi 2008, p. 12: "[Kelsen's Just War Theory] was a new theory that opposed the theory of indiscriminate war that was (or appeared) dominant in the 19th century and the beginning of the 20th century."

een algemeen geldig antwoord op de vraag of de oorlog die werd gevoerd als reactie tegen het beweerdelijk delict een toegestane sanctie, dus een *rechtvaardige* (in Kelsens interpretatie: *rechtmatige*) oorlog was. Bijgevolg, zo geeft Kelsen weliswaar toe: “the distinction between war as sanction and war as delict would become highly problematical”,⁹⁴ maar dit probleem – veroorzaakt door het gebrek aan een rechterlijk orgaan om een schending van het internationale recht vast te stellen en een oorlog toe te staan als rechtmatige reactie daartegen – is volgens hem eerder een aanwijzing voor de primitieve techniek van het internationale recht dan dat het een constructie van het internationale recht op grond van het beginsel van *bellum iustum* in de weg staat.⁹⁵ Om die constructie te verbeteren, huldigt Kelsen dan ook de mening “nachdem eine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit aufgestellt werden sollte (...), da die autoritative Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Krieges nur von einem Gericht fallen könne.”⁹⁶

Zolang er dus geen internationaal gerechtshof is opgericht dat ingeval van oorlog daarover gezaghebbend kan beslissen, blijft de praktische toepassing van het onderscheid tussen oorlog als delict en oorlog als sanctie in een concreet geval moeilijk en in sommige gevallen zelfs onmogelijk. Echter, en dat is Kelsens vijfde en laatste argument voor de *bellum iustum* theorie, indien we (blijven) weigeren oorlog in het algemeen te verbieden en slechts bij uitzondering toe te staan als reactie tegen een delict, dan kunnen we het internationale recht niet (langer) beschouwen als een sociale dwangorde die het geweldgebruik tot het monopolie van de gemeenschap maakt, kortom: dan kunnen we het niet (meer) (h)erkennen als een ware, zij het nog primitieve, rechtsorde. Als de onbepaalde inmenging van de ene staat in de belangensfeer van de andere staat, zoals Kelsen de ‘oorlog’ definieert,⁹⁷ niet in het algemeen door het internationale recht wordt verboden, als elke staat vrij is om oorlog te voeren tegen elke andere staat, dan schiet de internationale rechtsorde zodanig tekort in haar bescherming van de belangensfeer van de aan haar onderworpen staten dat in wezen geen sprake (meer) is van een echte rechtsorde. Willen we daarentegen het internationale recht als primitief recht en op grond daarvan de oorlog als principieel onrechtmatig kunnen interpreteren, dan biedt de theorie van de rechtvaardige oorlog als enige deze interpretatiemogelijkheid, aldus Kelsen:

94 Kelsen 1942, pp. 47-48.

95 Zolo 1998, pp. 311-312.

96 Jakab 2008, p. 197 voetnoot 37; vgl. Bernstorff 2010, p. 197.

97 Ter onderscheiding van ‘represailles’ (zie voetnoot 77).

Whether or not international law can be considered as true law depends upon whether it is possible to interpret international law in the sense of the theory of *bellum justum*, whether it is possible to assume that, according to general international law, war is in principle forbidden, being permitted only as a sanction, that is, as a reaction against a delict.⁹⁸

Nu de theoretische argumentatie voor de *bellum iustum* doctrine is besproken, wil ik deze paragraaf afsluiten met hetgeen Kelsen in *Peace through Law* heeft overwogen ten aanzien van "The question of war guilt in the first and in the second World War",⁹⁹ welke overwegingen inzicht geven in zijn positiefrechtelijke pendant van deze van oorsprong natuurrechtelijke theorie. Na de Eerste Wereldoorlog, zo begint Kelsen, legde de *Commission on the Responsibility of the Authors of the War* haar rapport over aan de Vredesconferentie van Parijs (1919) waarin zij twee categorieën misdaden onderscheidde, namelijk kort gezegd: 1. misdaden tegen de vrede (*ius ad bellum*) en 2. oorlogsmisdaden in strikte zin (*ius in bello*). Ten aanzien van de eerste categorie misdaden adviseerde de Commissie dat deze niet aan de individuele aanstichters van de oorlog, met name de voormalige Duitse Keizer, behoorden te worden tenlastegelegd en dus geen onderwerp van onderzoek dienden te zijn bij een tribunaal. Desondanks stelde art. 227 van het Verdrag van Versailles¹⁰⁰ de Duitse Keizer strafrechtelijk aansprakelijk voor zijn "supreme offence against international morality and the sanctity of treaties" en moest hij persoonlijk worden berecht door een speciaal tribunaal. Hoewel Kelsen deze aansprakelijkstelling op zich niet afkeurt, vindt hij de formulering ervan toch hypocriet en inconsistent. Volgens hem was de ware reden achter de eis van strafrechtelijke berechting van de Duitse Keizer, niet dat hij een misdaad had gepleegd tegen de 'internationale moraal' en 'heiligheid van verdragen', maar dat hij werd beschouwd als de hoofdaanstichter van de Eerste

98 Kelsen 1942, pp. 52-53.

99 Idem 1944, pp. 88-91.

100 Art. 227 werd opgenomen in Deel VII van het Verdrag van Versailles (1919) en luidde: "The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial."

Wereldoorlog en dat het veroorzaken van die oorlog werd gezien als *misdaad*, dus als *schending* van het internationale *recht*. Voorts bekritiseert Kelsen de hoofdreden achter het negatieve advies van voornoemde Commissie, namelijk kort gezegd dat een agressieve oorlog niet kon worden aangemerkt als een misdaad die rechtstreeks strijdig is met het positieve recht. De geldigheid van deze reden acht Kelsen zeer twijfelachtig, omdat de *bellum iustum* doctrine – die een agressieve oorlog als delict aanmerkt – wel degelijk deel uitmaakt van het positieve internationale recht, hetgeen volgens hem ook juist wordt bevestigd door (art. 231 van) het Verdrag van Versailles. Zoals gezegd, werd daarin de ‘agressie’ van Duitsland en zijn bondgenoten als ‘onrechtmatig’ beschouwd, omdat de oorlog die zij waren begonnen werd gezien als een oorlog die ten onrechte aan de Geallieerden was ‘opgelegd’. Op grond hiervan was een strafrechtelijke berechting derhalve zonder twijfel mogelijk geweest.

Toen de Tweede Wereldoorlog uitbrak, zo vervolgt Kelsen, was de juridische situatie anders. Bijna alle staten, inclusief de Asmogendheden, waren partij bij het Briand-Kellogg Pact, door welk pact (in art. 1) de oorlog als middel van ‘nationale politiek’ werd verboden, in welk verbod – zoals gezegd – precies de idee van *bellum iustum* was neergelegd. Ook hier lijdt het volgens Kelsen geen twijfel dat Duitsland door een oorlog te beginnen tegen Polen en de Sovjet-Unie, Italië door een oorlog te beginnen tegen Frankrijk, en Japan door een oorlog te beginnen tegen China en de Verenigde Staten, niet alleen in strijd hebben gehandeld met het Briand-Kellogg Pact, maar ook met het daarin neergelegde *bellum iustum* beginsel. Daarnaast heeft Duitsland door Polen en de Sovjet-Unie aan te vallen, de non-agressiepacten met die staten geschonden. Kelsen besluit het ‘schuld’-vraagstuk dan ook optimistisch:

Any inquiry into the authorship of the second World War does not raise problems of extraordinary complexity. Neither the *questio juris* nor the *questio facti* offers any serious difficulty to a tribunal. Hence, there is no reason to renounce a criminal charge made against the persons morally responsible for the outbreak of World War II.¹⁰¹

Zo hoopvol als Kelsen vooraf is over de vervolging, zo negatief is hij achteraf over de berechting, zo zal in het vervolg blijken.

101 Kelsen 1944, p. 91.

5.5. Universele en dwingende jurisdictie

Kelsens meest vernietigende kritiek op het na de oorlog opgerichte Internationaal Militair Tribunaal betreft de wijze waarop de jurisdictie daarvan was geconstrueerd. Zijn kritiek, zoals ik die dadelijk zal bespreken, voert in essentie hetzelfde probleem en dezelfde oplossing aan als het hier als richtsnoer dienende argument van gerechtelijke conflictbeslechting dat Dante ruim zeshonderd jaar eerder formuleerde in zijn *Monarchia*. Over de jurisdictie stelt Dante dat wanneer zich een conflict tussen twee vorsten voordoet, er een mogelijkheid moet zijn dit gerechtelijk te beslechten. Aangezien de ene vorst geen rechtsmacht heeft over de andere (het Latijns adagium zegt: *par in parem non habet imperium*, hetgeen betekent: men kan geen gezag uitoefenen over zijns gelijke), is een derde hogere partij met omvangrijker rechtsmacht nodig die op grond daarvan over beide partijen kan beslissen. Kiest men voor de monarch als de boven alle partijen staande wereldrechter dan is het probleem van jurisdictie opgelost. Wijst men een andere vorst aan als scheidsrechter dan moet hij beslissen over zijns gelijken die daarom buiten zijn jurisdictie vallen, in welk geval dus wéér een derde partij nodig is. In dat geval moet men volgens Dante “tot in het oneindige doorgaan, wat natuurlijk onmogelijk is, of men moet tenslotte toch uitkomen bij een hoogste en soevereine rechter [nl. de monarch] krachtens wiens gerechtelijk oordeel alle conflicten worden beslecht.”¹⁰² In navolging van Dante’s oneindige regressieargument heeft Kelsen in zijn kritische betoog van vóór en na de oprichting van het Neurenberg Tribunaal gewaarschuwd voor een volgende (wereld)oorlog, en dientengevolge een volgend gerecht,¹⁰³ zolang staten en individuen zich niet permanent onderwerpen aan de universele en dwingende jurisdictie van een wereldgerecht. Op dit betoog ga ik nu eerst in om een goed beeld te krijgen van de rechtsmacht die Kelsen voorstaat.

In *Peace through Law* voert Kelsen het probleem van jurisdictie aan in het kader van de – aan het slot van de derde paragraaf reeds besproken – vraag hoe de individuen die men *moreel* verantwoordelijk acht voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog daarvoor *juridisch* aansprakelijk gesteld en bestraft kunnen worden. Voor de beantwoording van die vraag is volgens Kelsen van belang dat de handelingen die deze individuen hebben verricht naar het (toen) geldende internationale recht typische ‘staatshandelingen’ zijn. Dit betekent dat deze handelingen enkel kunnen worden toegerekend

¹⁰² Zie voetnoot 16.

¹⁰³ Vgl. Bojanic 2006, pp. 95, 102 en 107.

aan de staat, niet aan de individuen die deze hebben verricht, en dat enkel de staat daarvoor verantwoordelijk kan worden gehouden. Bovendien kan – zoals we in voornoemde paragraaf ook al hebben gezien – de benadeelde staat, die door deze handelingen onrecht is aangedaan, zonder in strijd met het internationale recht te handelen de verantwoordelijke staat collectief straffen door middel van oorlog of represailles. Echter, de berechting van individuen door een gerecht van de ene staat voor handelingen die overeenkomstig het internationale recht handelingen zijn van een andere staat, komt volgens Kelsen neer op “exercising jurisdiction over another State; and this is a violation of the rule of general international law that no State is subject to the jurisdiction of another State.”¹⁰⁴ Met andere woorden: de collectieve verantwoordelijkheid van een staat voor zijn eigen handelingen sluit de individuele aansprakelijkheid uit van individuen die de handelingen hebben verricht, hetgeen het gevolg is van de internationaalrechtelijke regel dat geen enkele staat is onderworpen aan de strafrechtelijke rechtsmacht van een andere staat. Er is evenwel een mogelijke uitweg, aldus Kelsen: “This rule is not without exceptions, but any exception must be based on a special rule of customary or conventional international law restricting the former.”¹⁰⁵ Maar waar moet het internationaal verdrag, dat Kelsen voorstelt als oplossing voor de eindeloze terugval in primitief en collectief geweld, dan aan voldoen?

Als men de individuen wil berechten voor handelingen die zij hebben verricht als ‘handelingen van de staat’, dan kan dat door een gerecht van een andere staat of bij voorkeur (zoals we dadelijk zullen zien) door een internationaal gerechtshof, maar – zo stelt Kelsen – slechts dan als de juridische basis van die berechting een internationaal verdrag is, dat *is gesloten met en onder instemming van* de staat waarvan de handelingen worden berecht en bestraft. Alleen op grond van een dergelijk tot stand gekomen verdrag, dat de benadeelde staat met de verantwoordelijke staat heeft gesloten en dat dus beide partijen van het conflict omvat, kan de strafrechtelijke jurisdictie over individuen worden overgedragen aan een nationaal of internationaal gerechtshof. En omdat het voeren van een onrechtmatige oorlog niet in strijd is met het nationale (straf)recht maar wel een schending van het internationale recht oplevert, kan het materiële recht dat wordt toegepast door het nationale of internationale gerechtshof dat bevoegd is om de individuen wegens die schending te berechten slechts het internationale recht zijn. Het internationale verdrag dat een dergelijke strafrechtelijke

104 Kelsen 1944, pp. 81-82; het gaat hier om de zgn. soevereine of staatsimmunititeit van jurisdictie.

105 *Ibid.*, pp. 83-84; deze uitzonderingen op de immuniteitsregel noemt Kelsen op pp. 98-101.

berechting mogelijk maakt, dient weliswaar met terugwerkende kracht te voorzien in een delictsombschrijving – nl. van misdaden tegen de vrede – en een bijbehorende strafmaatbepaling, maar dan wel voor ‘staatshandelingen’ die reeds onrechtmatig (en bovendien immoreel) waren op het moment dat deze door de betreffende individuen werden verricht, waarvoor zij dus – naar Kelsen mening – op goede gronden juridisch aansprakelijk gesteld en bestraft kunnen worden.¹⁰⁶

Kelsens kritische stellingname wordt nog duidelijker als hij het jurisdictieprobleem nogmaals naar voren brengt, dit maal in het kader van de vraag wat voor *soort gerecht* de bevoegdheid moet krijgen om de oorlogsmisdadigers te berechten: een *nationaal* of een *internationaal* gerechtshof? Nadat Kelsen een aantal pragmatische argumenten opsomt die zijn voorkeur voor een internationaal gerechtshof ondersteunen, waaronder “the argument that international courts are generally above suspicion of partiality, their jurisprudence guarantees that punishments are, to a certain extent, uniform, and their international nature is likely to meet with less resistance from the states concerned”,¹⁰⁷ noemt hij de internationale jurisdictie als argument van ‘internationale rechtspleging’. Hij komt met dit voor hem ‘iets minder zuivere’ argument in reactie op de tijdens de Tweede Wereldoorlog door de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en de Sovjet-Unie te Moskou getekende *Statement on Atrocities*,¹⁰⁸ waarbij de grondslag werd gelegd van de berechting en bestraffing van de oorlogsmisdadigers na de oorlog. Deze Verklaring maakte namelijk een onderscheid tussen de grote Duitse oorlogsmisdadigers, “whose offences have no particular geographical localization”, en de overige Duitse oorlogsmisdadigers en bepaalde dat de grote misdadigers zullen worden gestraft “by joint decision of the Governments of the Allies” en de overige misdadigers zullen worden teruggezonden “to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged.” Deze Verklaring verzekerde dus de selectieve rechtsmacht van de zegevierende staten over de oorlogsmisdadigers van de overwonnen staten. Instemming met berechting van de grote oorlogsmisdadigers werd niet gevraagd aan de overwonnen staten; berechting van de overige oorlogsmisdadigers werd geheel overgelaten aan de zegevierende staten; en van Geallieerde oorlogsmisdadigers werd in het geheel niet gesproken.

106 *Ibid.*, pp. 86-87; voor het probleem van de *ex post facto* strafbaarstelling, zie reeds hiervoor par. 3.

107 Gattini 2004, pp. 804-805.

108 De ‘Statement on Atrocities’ werd opgenomen aan het slot van de Verklaring van Moskou (1943).

Het is tamelijk begrijpelijk – zo geeft Kelsen toe – dat tijdens de oorlog de volken die wreed geweld zijn aangedaan het recht in eigen hand wensen te nemen en zelf de oorlogsmisdadigers willen bestraffen, maar – zo vervolgt hij meteen –

after the war is over, minds that have been closed open again to the consideration that criminal jurisdiction exercised by injured States over enemy subjects may be regarded as vengeance rather than justice and is consequently not the best means to guarantee future peace.¹⁰⁹

Uit een *politiek oogpunt* bezien – nl. met het oog op de verzekering van toekomstige vrede – is het volgens Kelsen daarom meest raadzaam de strafrechtelijke jurisdictie over oorlogsmisdadigers over te dragen aan een internationaal gerechtshof, en wel *onder instemming* van de overwonnen staten, welke instemming kan worden vastgelegd in een na de oorlog met die staten te sluiten wapenstilstand of vredesverdrag. Voorts behoort de bestraffing van oorlogsmisdadigers een ‘daad van internationale rechtspleging’ te zijn en niet – zoals Kelsens woorden door Zolo verduidelijkend worden omschreven – een ‘voortzetting van vijandelijkheden’ gegoten in een schijnbaar rechtvaardige vorm maar in werkelijkheid geïnspireerd door een zucht naar wraak.¹¹⁰ Voor Kelsen is de idee van ‘internationale rechtspleging’ immers onverenigbaar met het feit dat alleen de overwonnen staten worden verplicht hun onderdanen uit te leveren aan de rechtsmacht van een internationaal gerechtshof; ook de zegevierende staten moeten bereid zijn de jurisdictie over hun eigen onderdanen over te dragen aan hetzelfde gerechtshof. En dit gerechtshof behoort dan – zoals Zolo Kelsens woorden wederom verduidelijkt – een ‘waar internationaal gerechtshof te zijn’, dat wil zeggen een onafhankelijk en onpartijdig orgaan met universele rechtsmacht, in plaats van een nationaal (militair) tribunaal met selectieve jurisdictie.¹¹¹ Want, zo waarschuwt Kelsen vlak vóór het einde van de Tweede Wereldoorlog: “Only if the victors submit themselves to the same law which they wish to impose upon the vanquished States will the idea of international justice be preserved.”¹¹²

Kelsens kritiek komt het duidelijkst naar voren wanneer hij – standvastig als hij op dit punt is – in 1947, na het gewezen vonnis van het Internationaal

¹⁰⁹ Kelsen 1944, p. 113.

¹¹⁰ Zolo 2007, p. 802; zie ook idem 2004, p. 317.

¹¹¹ Idem 2007, p. 802.

¹¹² Kelsen 1944, pp. 114-115.

Militair Tribunaal, in een geschrift met de veelzeggende titel *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* het standpunt inneemt dat het vonnis van het Neurenberg Tribunaal niet als precedent kan noch behoort te gelden. Nadat Kelsen eerst de formele vereisten opsomt waaraan volgens hem een geldig precedent dient te voldoen,¹¹³ voert hij nog drie inhoudelijke bedenkingen aan die het vonnis zijns inziens evenmin de moeite van het volgen waard maken. Aan het slot van de derde paragraaf besprak ik al de eerste twee bezwaren, de retroactieve strafbaarstelling en de inconsistente aansprakelijkstelling, die Kelsen minder respectievelijk meer ernstig acht. De derde bedenking tegen de *wijze waarop* het beginsel van individuele aansprakelijkheid met retroactieve kracht in de Overeenkomst van Londen is tot stand gekomen, welk beginsel het Neurenberg Tribunaal in zijn vonnis heeft toegepast, overtreft qua ernst de eerdere bezwaren.

Het beginsel van individuele aansprakelijkheid ten aanzien van 'handelingen van de staat' vormt, zoals gezegd, een beperking van de internationaalrechtelijke regel dat geen staat rechtsmacht heeft over handelingen van een andere staat.¹¹⁴ Zulk een beperkende bepaling kan overeenkomstig het internationale recht dan ook slechts van kracht worden onder instemming van de staat waarvan de handelingen worden geplaatst onder de jurisdictie van een nationaal gerecht van een andere staat of een internationaal gerechtshof. Na de Eerste Wereldoorlog, zo roept Kelsen in herinnering, waren de overwinnaars voornemens om de voormalige Duitse Keizer te berechten en daartoe achtten zij het noodzakelijk de bepaling die zijn individuele aansprakelijkheid met retroactieve kracht vestigde voor handelingen die hij had verricht als staatshoofd van het Duitse Rijk op te nemen in het vredesverdrag¹¹⁵ dat met die staat werd gesloten:

This is the only correct way to bring into effect the principle in question on the basis of international law. Since the purpose of this principle is to

113 "The decision of a court by which a new rule of law is established can be actually followed by other decisions of similar cases only if the court itself is competent to decide not only the case in which the precedent has been rendered, but also other similar cases, and if there exist other inferior tribunals having the same competence. The judgment of the International Tribunal does not fulfill these requirements.", Kelsen 1947a, p. 163.

114 Positief geformuleerd kan men het beginsel van individuele aansprakelijkheid ook zien als een *uitbreiding* van bedoelde regel, althans als een *verdere ontwikkeling* van het internationale aansprakelijkheidsrecht.

115 Zie voetnoot 100. Zoals bekend, vond de berechting niet plaats, omdat Nederland de ex-Keizer niet uitleverde.

guarantee the observance of international law, it should not be put into force in a way which is not in complete conformity with the very law.¹¹⁶

Echter, na de Tweede Wereldoorlog was de juridische situatie weer anders. Ondanks het feit dat men in werkelijkheid van plan was om alleen de grote Duitse oorlogsmisdadigers te berechten, werd ter uitvoering van een 'internationaal' verdrag, namelijk de Overeenkomst van Londen, door het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Frankrijk en de Sovjet-Unie een 'Internationaal' Militair Tribunaal opgericht voor de berechting en bestraffing van de grote oorlogsmisdadigers van de Europese As (art. 1 Handvest).¹¹⁷ Hoewel de oprichting van een internationaal gerechtshof altijd Kelsen's voorkeur heeft gehad, vindt hij het zogenaamde internationale karakter van het Tribunaal toch hypocriet en inconsistent¹¹⁸ (om welke reden ik hiervoor de aanduiding *internationaal* tussen aanhalingstekens heb geplaatst). Weliswaar tekenden de vier grote mogendheden voornoemde Overeenkomst "in the interest of all the United Nations" (zie Preamble) en nodigden zij andere staten uit om tot de Overeenkomst toe te treden (art. 5 Overeenkomst); maar de samenstelling van het Tribunaal bestond enkel uit door de vier grote mogendheden aangestelde leden (art. 2 Handvest) en de bevoegdheid om personen, die hadden gehandeld "in the interests of the European Axis countries", individueel te berechten en bestraffen voor onder andere misdaden tegen de vrede (art. 6(a) Handvest), was aan het Tribunaal verleend zonder instemming van die Europese Asmogendheden.

Welnu, het creëren van een nieuwe internationaalrechtelijke bepaling en het scheppen van een navolgenswaardig 'precedent' waarmee de individuele aansprakelijkheid zou zijn gevestigd voor strafbare feiten die voorheen niet bestonden, was volgens Kelsen juridisch slechts mogelijk geweest met de instemming van de staten van wie de onderdanen daarvoor verantwoordelijk werden gehouden. Nu de individuele aansprakelijkheid – die te verkiezen is boven de collectieve aansprakelijkheid (zie par. 3) – niet dienovereenkomstig als beginsel van internationaal recht was gevestigd, maar als regel van 'overwinnaarsrecht' op eenzijdige wijze was toegepast, kan Kelsen de Overeenkomst van Londen niet anders karakteriseren dan

116 Kelsen 1947a, p. 167.

117 Zie voetnoot 67.

118 In Kelsen 1945, p. 11 verwoordde hij het treffend als volgt: "A treaty concluded only by the victorious United Nations or some of them without the participation of the vanquished Axis powers is not 'international' in relation to the latter. The rules established by such a treaty to be applied to the prosecution of subjects of the Axis powers are – in relations to the latter – equivalent to municipal law of the former."

als “a *privilegium odiosum* imposed upon vanquished States by the victors.”¹¹⁹ Zijn verwijt van overwinnaarsrecht wordt versterkt door het feit dat het Tribunaal ingevolge die Overeenkomst uitsluitend bestond uit rechters van de vier grote mogendheden, die direct waren benadeeld door de misdaden waarover het Tribunaal rechtsmacht had. Door deze uitsluiting van rechters van de overwonnen of neutrale staten, maakten de overwinnaars inbreuk op het beginsel dat ‘niemand rechter in eigen zaak kan zijn’ (*nemo iudex in propria causa*). Bovendien twijfelt Kelsen er niet aan dat ook de Sovjet-Unie, door Polen en Japan aan te vallen, de non-agressiepacten met die staten had geschonden en dus misdaden tegen de vrede had gepleegd. Nu deze daden echter niet onder de jurisdictie van het Tribunaal vielen, betwist Kelsen het internationale karakter ervan en waarschuwt hij pessimistisch voor de ‘precedentwerking’ ervan:

If the principles applied in the Nuremberg trial were to become a precedent (...) then, after the next war, the governments of the victorious States would try the members of the governments of the vanquished States for having committed crimes determined unilaterally and with retroactive force by the former. Let us hope that there is no such precedent.¹²⁰

Kelsen hoopt dan ook primair op een definitieve uitweg uit deze opeenvolging van oorlogen.

Net als bij Dante is Kelsens onwankelbare hoop immers gevestigd op een “hoogste en soevereine rechter krachtens wiens gerechtelijk oordeel alle conflicten worden beslecht.” Alleen een werkelijk internationaal gerechtshof, begiftigd met universele en dwingende rechtsmacht, biedt uitkomst om aan de eindeloze regressie van oorlogen te kunnen ontkomen. Iedere andere (vredes)oplossing zou volgens Kelsen falen, omdat deze niet méér zal zijn dan een (korte) wapenstilstand tussen de ene en de andere (wereld)oorlog.¹²¹ De enig blijvende oplossing is dus de constructie van een wereldgerecht waarvan de verplichte jurisdictie zowel *alle partijen* (staten en individuen) van conflicten als *alle conflicten* (juridische en politieke) van partijen omvat. Het eerste constructievoorschrift – alomvattendheid van partijen – volgt voldoende uit het hiervoor besproken betoog van Kelsen. In het restant van deze paragraaf wordt op het tweede bouwvoorschrift ingegaan – universaliteit van conflicten –, dat Kelsen behandelt in het kader

¹¹⁹ Kelsen 1947a, p. 170.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 171. Vgl. Zolo 2007, p. 802; zie ook idem 2004, pp. 316-317.

¹²¹ Kelsen 1944, p. 220. Vgl. Gattini 2004, p. 804.

van zijn verwerping van de bezwaren tegen de dwingende rechtsmacht van een internationaal gerechtshof,¹²² welk voorschrift inzicht geeft in zijn zuiver *juridische* interpretatie van conflicten die alle door middel van het (ge)recht kunnen worden beslecht.

Teneinde de vrede te kunnen handhaven binnen de internationale gemeenschap, moet zij binnen het bestek van het internationale recht de meest stevige verdedigingsmuur kunnen opwerpen tegen de oorlog en dat is, aldus Kelsen: “the submission of all disputes among member states without exception to the compulsory jurisdiction of an international court.”¹²³ Eén van de belangrijkste bezwaren tegen deze verplichte jurisdictie betreft het dogmatische onderscheid tussen juridische en politieke conflicten, oftewel de veronderstelling dat een internationaal gerechtshof wel kan oordelen over *rechtsgeschillen*, maar niet over *politieke* disputen. Dit onderscheid wordt gemaakt om bepaalde interstatelijke (bijv. territoriale of economische) conflicten van de dwingende rechtsmacht van een internationaal gerechtshof uit te sluiten. Men veronderstelt dan dat deze conflicten naar hun eigen wezen zijn vrijgesteld van onderwerping aan bindende rechtspraak, juist omdat dit wezenlijk politieke en daarom niet-justitiabele disputen zijn, in tegenstelling tot geschillen die strikt juridisch en daarom wel justitiabel zijn. Volgens Kelsen moet dit vermeende onderscheid worden verworpen omdat het berust op een onjuiste, bedrieglijke en zelfs gevaarlijke, voorstelling van zaken.

Het is waar dat elk conflict zowel tussen staten als tussen individuen in een bepaald opzicht politiek of economisch van aard is, maar het is onjuist te beweren dat het de *enige* manier is een conflict te bekijken en dat het een juridische benadering en een gerechtelijke beslechting van een conflict uitsluit. “A conflict is economic or political with respect to the interests which are involved; it is legal”, aldus Kelsen, “with respect to the normative order controlling these interests.”¹²⁴ Door een eenzijdige benadering wordt de valse indruk gewekt dat het onderscheid tussen juridische en politieke conflicten betrekking heeft op het *object* van het geschil en dat juridische geschillen van politieke disputen kunnen worden onderscheiden door “an objectively ascertainable quality inherent in the conflict.” Echter, dat beeld is volgens Kelsen onjuist: “The difference consists in the way the parties to the conflict justify their respective attitudes. The criterion is,

122 Kelsen 1942, pp. 159-168; idem 1944, pp. 19-49. Zie ook mijn vorige artikel: Notermans 2011a, pp. 46-47 (dit proefschrift, hfst. 4, pp. 97-98).

123 Kelsen 1942, p. 159.

124 Idem 1944, p. 24.

therefore, purely subjective.”¹²⁵ Rechtsgeschillen zijn geschillen waarin beide partijen hun respectievelijke aanspraken op grond van het positieve recht rechtvaardigen, terwijl in politieke disputen ten minste één van de partijen haar aanspraak verdedigt op basis van niet-positiefrechtelijke beginselen van natuurrecht of rechtvaardigheid. De ware reden waarom in het laatste geval een partij geen beroep wil doen op het positieve recht, is dat zij het bestaande recht als onrechtvaardig (politiek onwenselijk) beschouwt en wenst dat het daarom wordt veranderd. De in dat geval vaak aangevoerde drogreden, dat het positieve recht niet kan worden toegepast op een politiek dispuut aangezien het geen toepasselijke regel bevat op grond waarvan zulk een dispuut kan worden beslecht, wordt door Kelsen – overeenkomstig zijn Zuivere Rechtsleer¹²⁶ – weerlegd met de ontkenning van zogenaamde ‘leemten in het recht’¹²⁷ en de bevestiging dat “a positive legal order can always be applied to any conflict whatever”,¹²⁸ want zo volgt uit de tweewaardige logica van zijn leer: “what is legally not forbidden, is legally permitted.”¹²⁹ Logischerwijs zijn er slechts twee mogelijkheden (*tertium non datur*): ofwel het positieve recht bevat een regel die het gedrag van de ene partij verbiedt zoals door de andere partij wordt geëist, ofwel het positieve recht bevat niet een zodanige verbodsregel. In beide gevallen kan het conflict evenwel door toepassing van de positieve rechtsorde worden beslecht: in het eerste geval leidt toepassing daarvan tot toewijzing van de eis, in het tweede geval tot ontzegging van de eis.

Het is volgens Kelsen daarom zelfs een gevaar voor de internationale vrede indien een naoorlogs verdrag, dat de ‘verplichte’ jurisdictie zou moeten vestigen van een internationaal gerechtshof, het onderscheid erkent tussen juridische en politieke conflicten en ingevolge dit onderscheid enkel rechtsgeschillen onderwerpt aan de jurisdictie van het gerecht. Het gevolg hiervan zou zijn dat staten om het even welk conflict eigenmachtig kunnen onttrekken aan de rechtsmacht van het internationaal gerechtshof, aangezien de vaststelling van de juridische dan wel politieke aard van een conflict uitsluitend afhangt van het subjectieve oordeel van partijen, en dat staten zich aldus kunnen ontdoen van hun verplichting conflicten met andere staten vreedzaam te beslechten door deze voor te leggen aan het gerecht. Het op te richten internationaal gerechtshof moet dan ook

125 *Ibid.*, p. 28.

126 Vgl. Busch et al. 2011, pp. 169-170 en Schmädel 2011, pp. 75-76.

127 Zie over Kelsens ontkenning van zgn. ‘rechtsleemten’: Kelsen 2002, pp. 84-89, idem 2006, pp. 146-149.

128 Idem 1944, p. 29.

129 *Ibid.*, p. 27. In wezen zijn alle conflicten (ook) juridisch en dus justitiabel.

universele en dwingende rechtsmacht hebben over alle conflicten, zowel juridische als ‘politieke’, want zo waarschuwt Kelsen: “Nothing is more dangerous to peace than the existence of a conflict which is not settled and for the peaceful settlement of which no obligatory procedure is provided.”¹³⁰ Door de mogelijkheid van niet-justitiabele disputen niet consequent uit te sluiten, behouden staten immers de mogelijkheid conflicten anders dan door middel van het (ge)recht – dus op een andere dan vreedzame wijze – op te lossen, namelijk op ‘politieke’ wijze door in laatste instantie terug te kunnen grijpen naar het middel van geweld en in het uiterste geval toevlucht te kunnen nemen tot oorlog.

5.6. Conclusie: (straf)rechtspraak en vrede

Nu ik Kelsens constructievoorschriften van het na de Tweede Wereldoorlog te construeren internationaal gerechtshof uitvoerig heb onderzocht, wil ik tot slot kort nagaan of het huidige internationale vredesbouwwerk (van bestaande permanente (straf)hoven) wel voldoet aan de conceptverdragen van Kelsen, in het bijzonder aan zijn concept-verdragsbepalingen die de rechtsmacht van het door hem geconcipieerde gerechtshof strafrechtelijk beogen uit te breiden. Ik zal eerst een beknopte, niet volledige, schets geven van Kelsens concrete plannen voor een internationaal (straf)gerechtshof en deze vervolgens vergelijken met de huidige verdragen van het Internationaal Gerechtshof respectievelijk het Internationaal Strafhof, om ten slotte na te gaan of, en in hoeverre, het huidige vredesbouwwerk kan worden verbeterd.

Het doel van Kelsens hervormingsplannen is de collectieve aansprakelijkheid van staten voor schendingen van het internationale recht uit te breiden met en geleidelijk te vervangen door de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van personen die, als organen van de staat, de onrechtmatige handelingen van de staat hebben gepleegd. Een dergelijke hervorming kan volgens Kelsen slechts slagen door middel van een verdrag, waarvoor hij een concepthandvest voorstelt dat een *Permanent League*¹³¹ (PL) van staten opricht, waarvan het hoofdorgaan een internationaal gerechtshof is, begiftigd met universele en dwingende jurisdictie en bevoegd op het gebied van interstatelijke conflicten. Subsidiair, ter uitbreiding en vervanging van het eerste concepthandvest, stelt Kelsen in een tweede ontwerpverdrag een

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 28-32.

¹³¹ Voor de vindplaats van dit concepthandvest, zie voetnoot 45.

aantal *Treaty Stipulations*¹³² (*TS*) voor, op grond waarvan de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schendingen van het internationale recht wordt gevestigd en de rechtsmacht op het domein van internationaal strafrecht wordt verleend aan het eerder ontworpen gerechtshof dan wel aan een speciale strafkamer van dat gerechtshof, in welke beide gevallen het gerechtshof dus mede moet bestaan uit rechters die deskundig zijn op het gebied van het strafrecht.¹³³ De leden van de nieuw op te richten statenbond zijn alle verdragsluitende partijen en elke andere staat die zonder voorbehoud wil toetreden tot de bond (art. 1 *PL*). De organen van de bond zijn: a. de vergadering, b. het gerechtshof, c. de raad en d. het secretariaat (art. 2 *PL*). Zoals gezegd, is het gerechtshof het voornaamste orgaan en zijn de andere organen, dus ook de raad, daaraan slechts ondergeschikt.¹³⁴

Het grootste deel van het eerste concepthandvest is derhalve gewijd aan de organisatie en onafhankelijke samenstelling (art. 4-26 *PL*) en de bevoegdheid en dwingende jurisdictie (art. 31-37 *PL*) van het gerechtshof. De bevoegdheid *ratione materiae* strekt zich uit over *alle* geschillen, dus ook de 'politieke', die zich voordoen tussen leden en niet-leden van de bond en die door één van de partijen van het geschil aan het gerecht wordt voorgelegd, waarbij ingeval van een niet-lid deze partij zonder voorbehoud de verplichte rechtsmacht daarvan moet accepteren (art. 31-32 *PL*). Art. 34 *PL* houdt een algemeen verbod in op het gebruik van geweld (oorlog en represailles) tussen de lidstaten, met uitzondering van de twee gevallen voorzien bij art. 35 en 36 *PL*.¹³⁵ Ten eerste, ingeval een staat zijn toevlucht neemt tot oorlog tegen een andere staat, is het aan het gerechtshof, op verzoek van de benadeelde staat of de raad, te beslissen of de aangeklaagde staat het handvest heeft geschonden. Eerst nadat het gerechtshof heeft beslist dat sprake is van een schending, dus een delict oftewel een onrechtmatige oorlog, beveelt de raad in overeenstemming met de beslissing van het gerechtshof aan de overige staten de nodige economische of militaire sancties tegen de aansprakelijk gestelde staat (art. 35 *PL*). Ten tweede, moeten alle beslissingen van het gerechtshof en bevelen van de raad getrouw worden tenuitvoergelegd door de in de beslissing of in het bevel aangewezen staten. Ingeval een staat niet aan deze verplichting voldoet, beveelt de raad, op verzoek van het gerechtshof

¹³² Voor de vindplaats van dit ontwerpverdrag, zie voetnoot 50.

¹³³ Kelsen 1944, pp. 115-116.

¹³⁴ Van de 40 artikelen in het concepthandvest, hebben er 26 betrekking op het gerechtshof. Het secretariaat, de raad en de vergadering krijgen in het concepthandvest daarentegen elk slechts 1 artikel, cf. Telman 2011, p. 521.

¹³⁵ Vgl. Bernstorff 2010, p. 193.

of op eigen initiatief, de nodige maatregelen om de tenuitvoerlegging te verzekeren (art. 36 PL).

De bevoegdheid *ratione personae* wordt door het tweede ontwerpverdrag zodanig uitgebreid dat het gerechtshof niet alleen rechtsmacht kan uitoefenen over *alle* lidstaten (als rechtspersonen) maar ook over *alle* individuele personen (als organen van die staten).¹³⁶ Ook hier is het grootste deel van het ontwerpverdrag gewijd aan de samenstelling (art. 4-12 TS) en jurisdictie (art. 35a-35f TS) van (de strafkamer van) het gerechtshof als internationaal strafhof van eerste en laatste aanleg dan wel van hoger beroep. De competenties van het gerechtshof verschillen naargelang de drie soorten schendingen voorzien bij art. 35a, 35b en 35d TS. Met betrekking tot schendingen van het *ius ad bellum* (misdaden tegen de vrede), kan het gerechtshof, eerst nadat het heeft beslist dat een staat een onrechtmatige oorlog heeft gevoerd, op verzoek van de benadeelde staat of de raad, de individuen berechten die als organen van de aansprakelijk gestelde staat verantwoordelijk zijn voor overtreding van het geweldverbod van art. 34 PL (art. 35a TS). Ten aanzien van inbreuken op het *ius in bello* (oorlogsmisdaden) gepleegd door leden van de regering van een staat dan wel op haar bevel of met haar toestemming, kan het gerechtshof, ook zonder een voorafgaande beslissing over de rechtmatigheid van de oorlog, op verzoek van de benadeelde staat of de raad, deze individuen berechten (art. 35b TS). Met betrekking tot de overige (lichtere) schendingen van het internationale recht, kan het gerechtshof, eerst nadat het over een geschil als bedoeld in art. 31 en 32 PL heeft beslist, enkel op verzoek van de benadeelde staat, de individuen berechten die als organen van de aansprakelijk gestelde staat verantwoordelijk zijn voor overtreding van het internationale recht (art. 35d TS). Wat betreft deze derde soort, kan het internationaal strafhof overigens fungeren als hoger beroepsinstantie in alle zaken die door een nationaal gerecht van een lidstaat zijn berecht en waarin een individu is veroordeeld voor een dergelijke (lichtere) schending van het internationale recht (art. 35e TS). In dat geval hebben onder andere het veroordeelde individu, elke benadeelde staat en de raad het recht van hoger beroep.¹³⁷

Zoals bekend, zijn Kelsens bouwplannen inzake universele dwingende rechtsmacht en individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid na de oorlog niet uitgevoerd. In zijn welbekende kritiek op het strafvonnis van het *ad hoc* Tribunaal te Neurenberg¹³⁸ wees hij er zelf al op dat het wat betreft de

¹³⁶ Vgl. Telman 2011, p. 520.

¹³⁷ Vgl. Gattini 2004, p. 805.

¹³⁸ Kelsen 1947a, p. 163.

individuele aansprakelijkheid überhaupt geen precedentwerking kon hebben omdat het enige permanente rechterlijk orgaan dat in die tijd bestond (en nog steeds bestaat), te weten het Internationaal Gerechtshof, in 1945 ingesteld bij het Handvest van de Verenigde Naties, geen individuen kan berechten, aangezien art. 34 lid 1 van zijn Statuut uitdrukkelijk bepaalt dat “slechts staten [partij] kunnen (...) zijn in voor het Hof te brengen zaken.”¹³⁹ Ten aanzien van de statelijke partijen, is de jurisdictie van het Hof bijna alomvattend te noemen. Immers, ingevolge art. 35 lid 1 van het Statuut is “het Hof (...) toegankelijk voor de staten die partij zijn bij dit statuut” en dat zijn bijna alle staten in de wereld, omdat alle 193 lidstaten van de Verenigde Naties *ipso facto* partij zijn bij het Statuut (art. 93 VN-Handvest). Ten aanzien van de verplichte rechtsmacht, is het Hof daarentegen allesbehalve ‘universeel’ te noemen. Aanvaarding van de dwingende jurisdictie van het Hof geschiedt door staten: 1. bij bijzondere overeenkomst in elk rechtsgeschil (*compromis*), 2. bij bijzondere bepaling in een verdrag (*compromissoire clause*), 3. bij geen specifiek verweer tegen de rechtsmacht (*forum prorogatum*), of 4. bij keuze voor de *facultatieve clause*. Bij die laatste optie kunnen staten “te allen tijde verklaren dat zij, *ipso facto* en zonder bijzondere overeenkomst, tegenover elke andere staat die deze zelfde verplichting aanvaardt, de rechtsmacht van het Hof als verplicht aanvaarden ten aanzien van alle rechtsgeschillen” (art. 36 lid 2 Statuut). Maar deze unilaterale verklaring, die bovendien ook nog onder bepaalde voorwaarden of voor een bepaalde termijn kan worden afgelegd (art. 36 lid 3 Statuut), is door slechts een beperkt deel (iets meer dan eenderde) van de VN-lidstaten daadwerkelijk afgelegd en heeft – zo blijkt ook expliciet uit voornoemde clause – alleen betrekking op *rechtsgeschillen*,¹⁴⁰ dus niet op *politieke* disputen. Ten slotte blijkt uit het VN-Handvest de ondergeschikte (rechts)macht van het Hof ten opzichte van de Veiligheidsraad nog op twee gebieden. Niet alleen op het domein van het geweldgebruik is het de Veiligheidsraad die autonoom vaststelt of sprake is van een schending van het in art. 2 lid 4 VN-Handvest neergelegde geweldverbod en, indien daarvan sprake is, kan besluiten welke maatregelen worden genomen tot

139 Het Statuut van het Internationaal Gerechtshof is gehecht aan en maakt een integrerend deel uit van het Handvest van de Verenigde Naties dat werd aangenomen op de Conferentie van San Francisco (1945).

140 Zie ook art. 36 lid 3 VN-Handvest dat de algemene regel inhoudt dat *rechtsgeschillen* door de partijen dienen te worden voorgelegd aan het Hof, overeenkomstig de bepalingen van het Statuut van het Hof. Het is juist deze erkenning van het vermeende onderscheid tussen *rechtsgeschillen* en *politieke* disputen waarvoor Kelsen heeft gewaarschuwd, omdat staten hierdoor bepaalde conflicten niet aan het Hof behoeven voor te leggen (zie par. 5).

handhaving of herstel van de vrede (art. 39 jo. 41/42 VN-Handvest). Maar ook op het gebied van de tenuitvoerlegging van beslissingen van het Hof, is het de Veiligheidsraad die, ingeval een staat zo een besluit niet naleeft, zelfstandig (nl. “zo hij dit nodig oordeelt”) kan beslissen tot het nemen van maatregelen om het besluit te doen uitvoeren (art. 94 lid 2 VN-Handvest).

Gelukkig is Kelsens voorspelling dat het strafvonnis van het Neurenberg Tribunaal helemaal geen precedentwerking kon hebben na de oorlog niet geheel uitgekomen. Reeds in 1946 heeft de Algemene Vergadering van de VN de zogenoemde ‘Neurenbergse Principes’ unaniem bevestigd als beginselen van internationaal recht.¹⁴¹ Deze principes hebben de eerste stenen gelegd voor de latere oprichting van de *ad hoc* Tribunalen voor Joegoslavië (1993) en Rwanda (1994), die echter – anders dan het Neurenbergs ‘precedent’ en zijn principes – geen rechtsmacht hebben over ‘misdaden tegen de vrede’, en uiteindelijk voor de vestiging van het permanente Internationaal Strafhof (2002), dat wel rechtsmacht heeft over de inmiddels zogenoemde ‘misdaad van agressie’.¹⁴² Anders dan de twee laatstgenoemde bij VN-resoluties opgerichte Tribunalen, is het Strafhof geen VN-orgaan doch een onafhankelijke organisatie, opgericht door een internationaal verdrag – het Statuut van Rome – dat in 2002 van kracht is geworden en waarbij inmiddels 123 staten partij zijn.¹⁴³ De bestaande relatie tussen het Strafhof en de VN is evenwel op basis van art. 2 van het Statuut nader geregeld door middel van een overeenkomst. De jurisdictie van het Strafhof, die ingevolge art. 1 van zijn Statuut wordt uitgeoefend “over personen ter zake van de meest ernstige misdrijven van internationaal belang” en “complementair is aan de nationale jurisdicties in strafzaken”, is dus niet universeel en wordt als volgt nader geregeld door het Statuut. De bevoegdheid *ratione temporis* is slechts beperkt tot misdaden die zijn gepleegd na de inwerkingtreding van het Statuut, dus – zoals gezegd – ná 2002 (art. 11 Statuut). De bevoegdheid *ratione personae* strekt zich daarentegen onbeperkt uit over alle natuurlijke personen die misdaden hebben gepleegd waarover het Strafhof rechtsmacht bezit (art. 25 Statuut) en maakt daarbij geen onderscheid op grond van de officiële hoedanigheid, zoals onder andere: staatshoofden of leden van een regering (art. 27 Statuut) dan wel militaire bevelhebbers of andere meerderen (art. 28 Statuut). De bevoegdheid *ratione materiae* wordt op

141 Zie VN-Resolutie A/RES/95(I), 11 december 1946.

142 Vgl. Zolo 2007, pp. 803-805. Door het lange tijd systematisch ontbreken van “aggressive war as supreme international crime”, was/is volgens Zolo dan ook sprake van een “dual system of international criminal justice”.

143 Het Statuut van Rome (1998), waarbij het Internationaal Strafhof werd opgericht, is in 2002 in werking getreden en in 2010 gewijzigd op de Herzieningsconferentie van Kampala (Oeganda).

haar beurt beperkt tot “de meest ernstige misdrijven die de internationale gemeenschap in haar geheel aangaan”, te weten: a. de misdaad genocide, b. misdaden tegen de menselijkheid, c. oorlogsmisdaden en d. de misdaad agressie (art. 5-8bis Statuut). Door ondertekening of toetreding van het Statuut aanvaardt een staat zonder voorbehoud de dwingende jurisdictie van het Strafhof met betrekking tot de hiervoor bedoelde misdaden (art. 12 lid 1 jo. 120 Statuut).

Met betrekking tot alle bedoelde misdaden wordt de uitoefening van rechtsmacht en de ontvankelijkheid van zaken als volgt verder ingeperkt. Het Strafhof kan zijn jurisdictie uitoefenen wanneer ter zake bij de Aanklager aangifte wordt gedaan 1. door een lidstaat of 2. door de VN-Veiligheidsraad, dan wel 3. de Aanklager *proprio motu* een onderzoek heeft geopend (art. 13 Statuut). Voorwaarde voor de uitoefening van de rechtsmacht in het eerste en het derde geval, is dat de misdaden zijn gepleegd op het grondgebied of door een onderdaan van een lidstaat (art. 12 lid 2 Statuut). Wordt aangifte gedaan door de Veiligheidsraad, dan geldt de jurisdictievoorwaarde van territorialiteit of nationaliteit niet. Voor een onderzoek door de Aanklager eigener beweging, is een machtiging van (de Kamer van Vooronderzoek van) het Strafhof vereist (art. 15 Statuut). In alle drie de gevallen kan de Veiligheidsraad het Strafhof verzoeken een onderzoek of vervolging voor een jaar op te schorten dan wel niet aan te vangen, aan welk verzoek het Strafhof moet voldoen en welk verzoek herhaald kan worden (art. 16 Statuut). Boven alles moet het Strafhof, dat immers complementair is aan de nationale strafrechtsplegingen, een zaak niet-ontvankelijk verklaren wanneer een lidstaat zelf zijn rechtsmacht kan uitoefenen, tenzij een lidstaat “niet bereid of niet bij machte is” om zijn jurisdictie daadwerkelijk uit te oefenen (art. 17 Statuut).

Ten slotte gelden enkel met betrekking tot de misdaad agressie, waarvan de definitie en de voorwaarden waaronder het Strafhof daarover rechtsmacht kan uitoefenen pas in 2010 in het Statuut zijn opgenomen,¹⁴⁴ nog een aantal extra inperkingen. Art. 8bis van het Statuut definieert de ‘misdad agressie’ – kort gezegd – als “daad van agressie die door zijn aard, ernst en schaal een onmiskenbare schending vormt” van het VN-Handvest. Onder ‘daad van agressie’ wordt – kort gezegd – begrepen “het gebruik van wapengeweld” dat een schending vormt van art. 2 lid 4 VN-Handvest of dat op enige andere wijze strijdig is met dat Handvest. Voorts wordt een aantal handelingen nader omschreven, overeenkomstig de in 1974 door de

144 Zie Resolutie RC/Res.6 aangenomen op de Herzieningsconferentie van Kampala (zie voetnoot 143).

Algemene Vergadering van de VN aangenomen definitie van agressie,¹⁴⁵ die elk als daad van agressie wordt aangemerkt. Hoewel het Strafhof dus formeel jurisdictie heeft over de misdaad agressie (art. 5 sub d Statuut), is het toch de vraag of het feitelijk zijn rechtsmacht daarover zal kunnen uitoefenen.¹⁴⁶ Ten eerste, is de bevoegdheid *ratione temporis* ter zake beperkt tot misdaden die zijn gepleegd een jaar nadat de betreffende wijzigingen in het Statuut door 30 lidstaten zijn bekrachtigd of aanvaard, welke bevoegdheid het Strafhof eerst vanaf 2017 zal kunnen uitoefenen, mits die bevoegdheid dan weer door (zevenachtste van) de lidstaten wordt goedgekeurd (art. 15bis/ter lid 2 en 3 Statuut). Ten tweede, ingeval een lidstaat een daad van agressie pleegt tegen een andere lidstaat, is het Strafhof na aangifte door laatstgenoemde staat of na onderzoek door de Aanklager bevoegd ter zake jurisdictie uit te oefenen, tenzij eerstgenoemde staat “vooraf heeft verklaard dat hij een dergelijke rechtsmacht niet aanvaardt” (art. 15bis lid 4 Statuut). Wordt aangifte gedaan door de Veiligheidsraad, dan geldt deze optie van niet-aanvaarding van de verplichte jurisdictie niet. Ten derde, moet de Aanklager, alvorens hij *proprio motu* tot onderzoek naar een misdaad van agressie overgaat, nagaan of de Veiligheidsraad heeft geconstateerd dat een dergelijke daad is gepleegd. Eerst nadat de Veiligheidsraad dat heeft vastgesteld, kan de Aanklager beginnen met het betreffende onderzoek (art. 15bis lid 6 en 7 Statuut). Overigens geldt deze ondergeschiktheid van de Aanklager ten opzichte van de Veiligheidsraad niet voor het Strafhof, nu “het vaststellen van een daad van agressie door een orgaan buiten het Hof (...) de eigen bevindingen van het Hof” onverhinderd laat (art. 15bis lid 9 en art. 15ter lid 4 Statuut).

Uit de voorgaande, ruwe schets van het Internationaal Gerechtshof respectievelijk het Internationaal Strafhof kan worden afgeleid dat beide permanente hoven niet volledig voldoen aan de uitvoerig besproken constructievoorschriften noch aan de kort geschetste bouwplannen van Kelsen. Waar de individuele aansprakelijkheid voor het plegen van een onrechtmatige (nl. agressieve) oorlog bij het Internationaal Strafhof een belangrijke doch wankel sluitsteen vormt, daar leunt het Internationaal Gerechtshof uitsluitend op de traditionele hoeksteen van de staat, die zijn collectieve aansprakelijkheid voor oorlog als ‘politieke’ kwestie buiten de rechtszaal kan houden. Hoewel het ene hof over een omvattender en dwingender jurisdictie beschikt dan het andere, kent geen van beide hoven een alles omvattende en echt dwingende rechtsmacht en hebben de staten zowel bij het ene als het

145 Zie VN-Resolutie A/RES/3314 (XXIX), 14 december 1974.

146 Vgl. Zolo 2007, pp. 806-807, die hierover twijfelde al ruim vóór de herziening van het Statuut in 2010.

andere gerechtsgebouw een achterdeurtje opengehouden om zich daaraan te onttrekken. Aan de constructie van het gehele gerechtsbouwwerk – wat dus geen eenheid vormt, omdat het uit twee delen bestaat – wordt in de laatste plaats afbreuk gedaan door de daarboven torenende macht van de Veiligheidsraad, die de gerechtelijke conflictbeslechting (evt. negatief) kan beïnvloeden. In ‘architectuur’-overdrachtelijke zin zou ik daarom bijna willen voorstellen: renoveer het bestaande VN-bouwwerk conform Kelsens plannen en bouw het nieuwe permanente onderkomen van het Internationaal Strafhof niet op het erf van de Haagse Alexanderkazerne,¹⁴⁷ maar neem het in de vorm van een internationale strafkamer op in het Internationaal Gerechtshof als permanente uitbouw van het Vredespaleis!

Echter, dit toekomst- of ideaalbeeld van een universeel en verplicht internationaal (straf)gerechtshof en daarmee van een haast volmaakt justitieel Vredespaleis – ook al is het nog maar in beeldspraak uitgedrukt – strookt (vooral nog) niet met de huidige werkelijkheid van verdeelde vredesbouwsels en daarbinnen of -buiten (over)heersende politieke machten. Van de 193 VN-lidstaten die partij zijn bij het Internationaal Gerechtshof, zijn er slechts 123 partij bij het Internationaal Strafhof. Hoewel dit op het eerste gezicht niet eens zo’n slechte verdeling is, verslechtert het beeld op het tweede gezicht toch dramatisch als men ziet dat slechts de twee ‘kleine’ permanente leden van de VN-Veiligheidsraad, namelijk Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, partij zijn bij het Strafhof. Niet alleen de overige drie ‘grote’ permanente leden, namelijk China, Rusland en de Verenigde Staten, maar ook andere super- en/of kernmachten, zoals India, Iran, Israël en Pakistan zijn geen partij bij het Strafhof.¹⁴⁸

De geopolitieke werkelijkheid laat dus niet één, maar een op zijn minst verdeeld vredesbouwwerk zien, met weliswaar het gemeenschappelijke fundament van het verbod op geweld,¹⁴⁹ doch met afzonderlijke (rechts) ingangen en gescheiden (gerechts)gebouwen. Indien zich ergens ter wereld een geweldsconflict tussen staten voordoet, is het antwoord of dit *gerechtelijk* en op zijn best *strafrechtelijk* wordt beslecht bovendien afhankelijk van de vraag of men de gang naar het gerecht, “de weg van het recht boven

147 In december 2015 verhuist het Strafhof hiernaartoe, zie www.icc-cpi.int ICC > About the Court > Permanent Premises.

148 Zie www.icc-cpi.int ICC > Assembly of States Parties > States Parties to the Rome Statute.

149 In de Preamble van het Statuut van Rome worden de doeleinden en beginselen, i.h.b. het geweldverbod, van het VN-Handvest, waarvan het Statuut van het Internationaal Gerechtshof deel uitmaakt, (her)bevestigd.

die van het geweld”,¹⁵⁰ wel *wil* volgen. Wil men het (ge)recht niet links laten liggen, dan is de weg naar de ene ofwel andere rechtsingang weer afhankelijk van de vraag of men de individuele aansprakelijkheid boven die van de collectieve heeft verkozen. In het eerste en beste geval worden de nog openstaande deuren naar collectief geweld (oorlog en represailles) zo goed als afgesloten en ligt de weg open naar een strafrechtelijke afdoening (individuele straffen) van het conflict.

Deze gang naar of door het ‘vrede door recht’-bouwwerk¹⁵¹ kan in de praktijk echter negatief worden beïnvloed door het daarboven uitstekende machtspolitieke bouwwerk van de Veiligheidsraad, die door zijn enkele wilsbesluit of spreekwoordelijke verdeeldheid een belemmerende of verhin-derende invloed kan uitoefenen op de pacificerende (straf)rechtsgang. Maar wat het gehele vredesbouwwerk nog het meest ondermijnt, is een praktijk waarin de vaststelling van een inbreuk op het fundamentele geweldverbod en de sanctionering daarvan, niet in alle gevallen is voorbehouden aan de onpartijdige bewoners van de gerechten, de (straf)rechters, doch in sommige gevallen toekomt aan de partijdige bewoners van een ander gebouw, dat van de Veiligheidsraad, en in veel gevallen is overgelaten aan de machthebbende inwoners van de conflictpartijen, de staten zelf. In beide laatste gevallen wordt de strijd dus niet via het (ge)recht gevoerd, maar is het de weg van de macht die de afloop ervan bepaalt.¹⁵²

Ofschoon Kelsens bouwplannen niet als ‘utopisch programma’ of ‘onhaalbaar ideaal’ kunnen worden gekarakteriseerd, omdat deze geen blauwdrukken vormen voor de omvorming van de wereld als geheel maar enkel voor de hervorming van op zichzelf staande instellingen, moet niettemin worden toegegeven dat zijn plannen in meer dan één opzicht contrasteren met de werkelijkheid. Onder de huidige politieke omstandigheden zijn de volledige vereniging van het Internationaal Gerechtshof met het Internationaal Strafhof en het daaraan volkomen ondergeschikt maken van de Veiligheidsraad een paar stappen te ver. De staten, zoals China, Rusland en de Verenigde Staten, die geen partij zijn bij het Strafhof zullen een dergelijke ‘verbouwing’ van de permanente hoven niet aanvaarden; en de onder meer uit diezelfde staten bestaande Veiligheidsraad zal een dergelijke ‘onderschikking’ ook

¹⁵⁰ Letterlijk de titel van de historische bijdrage van Joor over het honderdjarig bestaan van het Vredespaleis in: Duynstee et al. (red.) 2013.

¹⁵¹ Vrij naar de (onder)titel van Duynstee et al. (red.) 2013, nl.: *Bouwen aan vrede. Honderd jaar werken aan vrede door recht. Het Vredespaleis 1913-2013*.

¹⁵² Hoewel recht en macht samengaan, zijn recht en macht niet één; zie Kelsen 2006, p. 121 en idem 2002, p. 61.

niet accepteren. Moeten we Kelsens ontwerpen dan maar van de tekentafel vegen? Concluderend, meen ik van niet.

Erkent men dat bovenal de 'misdaad van agressie' (in de zin van een onrechtmatige oorlog) het ernstigste gevaar vormt voor de vrede en het welzijn van de wereld,¹⁵³ is men er ook van overtuigd dat er geen duurzame vrede kan bestaan zonder 'gerechtigheid' (in de zin van individuele berechting en bestraffing van voornoemde misdaad) en dat vrede en gerechtigheid dus complementaire vereisten zijn,¹⁵⁴ en is men dus bereid verder te bouwen aan het 'vrede door recht'-project; dan moet als eerste nodige stap worden voorzien in een universele en dwingende (straf)rechter krachtens wiens gerechtelijk oordeel alle misdaden van agressie worden berecht en bestraft, zodat overal ter wereld waar zich een onrechtmatige oorlog voordoet, een mogelijkheid bestaat deze gerechtelijk én strafrechtelijk te beslechten. Aldus trouw blijvend aan het idealistische richtsnoer van Dante, maar gebruikmakend van de door Popper aanbevolen en ook door Kelsen bedreven stapsgewijze ingenieurskunst, meen ik derhalve dat het hiervoor door mij gesuggereerde veel te vergaande renovatievoorstel zodanig conform Kelsens bouwplannen moet worden bijgesteld dat het vooreerst de dringendste constructiefout van het huidige vredesbouwwerk herstelt alvorens het verder te vervolmaken.

Een mogelijke, aanvaardbare tussenstap – voordat men de verantwoordelijkheid voor de verzekering van de vrede primair opdraagt aan een internationaal (straf)gerecht¹⁵⁵ – zou wellicht een zodanige renovatie van de Veiligheidsraad kunnen zijn dat dit overwegend politieke orgaan meer het karakter zou krijgen van een objectief en onpartijdig, oftewel 'rechterlijk' orgaan. Immers, in de huidige VN-constructie worden van de Veiligheidsraad toch vooral ook 'rechterlijke' eigenschappen verwacht voor de functies en bevoegdheden die hem onder de Hoofdstukken VI en VII van het VN-Handvest zijn toegekend. Zo kan de Veiligheidsraad internationale geschillen vreedzaam beslechten door daarover aan de conflicterende

153 Vgl. de Preamble van het Statuut van Rome (1998). De 'misdaad van agressie' in ernst boven alle andere 'oorlogsmisdaden' plaatsen is m.i. conform één van de bekendste passages uit het vonnis van het Neurenberg Tribunaal dat de agressieoorlog definieert als "essentially an evil thing (...) to initiate a war of aggression is not only an international crime; it is the *supreme international crime*, differing from other war crimes only in that it contains within itself the accumulated evil of the whole", zoals geciteerd en gecursiveerd in Zolo 2007, p. 801.

154 Zie Verklaring RC/Decl.1 aangenomen op de Herzieningsconferentie van Kampala (zie voetnoot 143).

155 Ingevolge art. 24 lid 1 VN-Handvest is de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid in de eerste plaats opgedragen aan de Veiligheidsraad.

staten passende aanbevelingen te doen (Hoofdstuk VI). Lukt het niet langs deze vreedzame weg, dan kan de Veiligheidsraad vaststellen dat zich een bedreiging of verbreking van de vrede heeft voorgedaan en (aan)bevelen welke sancties (al dan niet met geweld) tegen de schuldige staat moeten worden getroffen (Hoofdstuk VII). De Veiligheidsraad op een 'hoger', 'rechterlijk' niveau brengen zou dan in twee opzichten aanvaardbaar zijn: zowel ten opzichte van de (permanente leden van de) Veiligheidsraad zelf, want die behoeft (voorlopig) niet ondergeschikt te worden gemaakt aan een internationaal (straf)gerecht, als ten opzichte van de partijen bij een geschil, want die zullen zich eerder (dan nu) onderwerpen aan de onpartijdige en objectieve besluiten van de Veiligheidsraad.

Kelsen zelf stelt de volgende drie eisen waaraan een internationaal orgaan als 'gerecht' moet voldoen:¹⁵⁶ (1) de individuele leden van het orgaan moeten in de ware zin van het woord onafhankelijke 'rechters' zijn, dus niet juridisch gebonden zijn aan instructies van de regeringen die hen hebben benoemd; (2) het orgaan moet internationale geschillen beslechten op basis van internationaal recht, dus niet op grond van andere (moreelpolitieke) beginselen dan die van het positieve recht; (3) ingeval van een meervoudig rechterlijk orgaan moet het internationale geschillen kunnen beslechten bij meerderheid van stemmen, dus niet noodzakelijk bij unanimititeit van stemmen en zonder recht van veto. Enerzijds ben ik van mening dat wanneer de Veiligheidsraad al aan de eerste en laatste eis in meer of mindere mate zou voldoen, er sprake zou kunnen zijn van een verbetering in vergelijking met de huidige constructie, te meer wanneer daarbij het aantal (permanente) leden van de Veiligheidsraad zou worden uitgebreid rekening houdend met de nieuwe geopolitieke werkelijkheid.¹⁵⁷

Anderzijds blijf ik van opvatting dat wanneer men werkelijk een constructieve stap wil zetten, men van het politieke orgaan niet een rechterlijk orgaan moet maken, maar het primaat moet verplaatsen van het ene naar het andere orgaan. Bouwen we de Veiligheidsraad volledig om tot een gerecht, dan voegen we aan het gehele bouwwerk welbeschouwd weer een rechter toe, terwijl het – indachtig Dante's argumentatie – juist de bedoeling is om aan de oneindige regressie van (derde) instanties een einde te maken en uit te komen bij een hoogste en soevereine rechter. Bovendien zetten we

¹⁵⁶ Kelsen 1952, pp. 377-378.

¹⁵⁷ Afschaffing of beperking van het vetorecht en uitbreiding van de permanente en/of gekozen leden van de Veiligheidsraad – met bijv. Brazilië, Duitsland, India en Japan (en evt. een Afrikaans en/of islamitisch land) als nieuwe permanente leden – vormen sinds het einde van de Koude Oorlog belangrijke plannen voor hervorming van de Veiligheidsraad, zie onder meer: www.globalpolicy.org/security-council/security-council-reform.html.

daarmee eigenlijk ook weer een stap terug, want door het politieke orgaan om te bouwen tot een rechterlijk orgaan breken we met het verkeerde tevens het goede af. Immers, ook en juist in de door Kelsen ontwikkelde Zuivere Rechtsleer is recht weliswaar niet identiek aan macht (of politiek), maar kan recht evenmin zonder macht bestaan: "Law is (...) a specific order or organization of power."¹⁵⁸ Dus ook en zelfs de door Kelsen beoogde internationale organisatie van 'vrede door recht' heeft een politie(ke) macht nodig die de tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissingen kan verzekeren en die – denkend aan Poppers waarschuwing – "klaarstaat om toe te slaan"¹⁵⁹ als de wereldvrede onverhoopt toch wordt verbroken.

De enige, noodzakelijke stap voorwaarts houdt daarom naar mijn mening nog steeds een uitbreiding in van de (straf)rechtsmacht van het Internationaal Gerechtshof, maar dan één die zich (voorlopig) moet beperken tot de misdaad van agressie om allereerst voornoemde constructiefout te repareren. Met betrekking tot deze misdaad dienen de VN-lidstaten, die alle partij zijn bij het in het Vredespaleis zetelende wereldgerechtshof, zonder enig voorbehoud de verplichte jurisdictie daarvan te aanvaarden. En deze (straf)rechtsmacht moet tweeledig zijn. Ten eerste behoort, ingeval van oorlog tussen staten, het uitsluitend voorbehouden te zijn aan het Hof te beslissen over de (on)rechtmatigheid van de oorlog. Indien het Hof een schending van het geweldverbod (dus een delict, een misdaad) heeft vastgesteld, kunnen op bevel van de Veiligheidsraad doch slechts in overeenstemming met de beslissingen van het Hof de nodige sancties tegen de verantwoordelijk gestelde staat worden getroffen.¹⁶⁰ Ten tweede behoort, ingeval van vaststelling van een misdaad van agressie, aan de op te richten strafkamer van het Hof de aanvullende bevoegdheid toe te komen van berechting en bestraffing van de personen, die – naar de eigen bevindingen van het Hof – als organen van de verantwoordelijk gestelde staat individueel aansprakelijk zijn voor de schending van het geweldverbod.¹⁶¹

Als en alleen als ook de supermachten (doorgaans de 'overwinnaars') in deze wereld bereid zullen zijn zich te onderwerpen aan diezelfde universele (straf)rechtsmacht waaraan vele kleinere machten zich reeds hebben willen onderwerpen, zal pas een einde kunnen worden gemaakt aan het verdeelde, door Zolo terecht getypeerde 'twee maten'-systeem van de tegenwoordige

158 Zie voetnoot 152. Voor een iets andere formulering, zie Kelsen 1944, p. 7: "Force and law do not exclude each other. Law is an organization of force."

159 Zie voetnoot 75.

160 Cf. art. 35 van Kelsens PL-concepthandvest (zie voetnoot 45 en 131).

161 Cf. art. 35a van Kelsens TS-ontwerpverdrag (zie voetnoot 50 en 132).

internationale (straf)rechtspraak, dat sinds het Neurenberg Tribunaal geen vervolging, berechting, laat staan een bestraffing heeft voortgebracht van de 'hoogste internationale misdaad', de agressieve oorlog. Een partijdig systeem tenslotte, dat enerzijds gelukkig in staat is gebleken de 'minder' ernstige oorlogsmisdaden zwaar te bestraffen (denk aan de berechting door de *ad hoc* Tribunalen), maar dat anderzijds helaas onmachtig is gebleven de bron en som van al dat kwaad, de misdaad van de oorlog zelf, effectief te bestrijden, waardoor in feite voor de agressors (doorgaans de 'sterksten') in deze wereld andere normen worden gehanteerd dan voor de overige misdadigers.¹⁶² Laat daarom nu het recht zegevieren, opdat (het paleis van) de wereldvrede niet ten onder gaat!¹⁶³

162 Zolo 2007, pp. 799-807.

163 '*Fiat iustitia ne pereat mundus*' in *Hoofddlijnen van de rechtsfilosofie* van Hegel 2014, deel II, afd. 3, par. 130.

6. Rechtsgeldigheid en vrede

Social peace as *conditio tacita* for the validity of the positive legal order*

6.1. Introduction: Is and Ought

Kelsen's well-known dualism of Is and Ought – and with that the dichotomy of fact and norm and of reality and value – is one of the cornerstones of his Pure Theory of Law,¹ yet appears to be paradoxical. On the one hand, Kelsen makes a very strict and fundamental distinction between the 'basic categories' of Is and Ought,² and argues that from the fact that something *is* no-one can ever deduce the norm that something *ought* to be, and vice versa.³ Kelsen's value-relativism, which is the second cornerstone of his pure theory,⁴ holds that one can never value positive law as *absolutely just*, and thus even suggests that the dualism of Is and Ought leads to an 'unbridgeable', 'value-ridden' gap between Is and Ought. But, on the other hand, Kelsen places the necessary conditions for the validity of the legal norms and of the legal order as a whole (Ought) in the order of social facts (Is).⁵ In order to be valid, a legal norm must have been *posited* by a human act of will, which (f)act takes place in social reality. Only a positive legal norm, created by a norm-positing authority, is valid. In addition, a legal norm must be *effective*. Its effectiveness is formed by the fact that in social reality people act in accordance with the norm and by the fact that a sanction is applied when the norm is violated. Consequently, there actually exists a certain relation between the validity of the legal order (Ought) and the positivity and effectiveness of that order (Is).

This article investigates the paradoxical nature of the dualism in Kelsen's Pure Theory of Law. Why does Kelsen defend a strict distinction between

* This article has been published before in *Law and Philosophy* 34(2), 2015, pp. 201-227, and is republished in this thesis with permission of Springer.

1 Olechowski 2009, pp. 48-49. See also: Wróblewski 1981, p. 509 and Brugmans 1997, p. 463.

2 According to Kelsen both categories are primary and indefinable. In Kelsen 1967, p. 5 he declares: "The difference between Is and Ought cannot be explained further. We are immediately aware of the difference"; and in idem 1991, p. 2 he states: "Ought is a 'basic category' just like Is; and we can no more give a definition of Ought than we can describe what Being is".

3 With this view Kelsen ultimately goes back to 'Hume's law', stating that it is logically impossible to derive an Ought from an Is, see: Hume 2007, book III, part 1, section 1.

4 Kelsen 1967, pp. 63-65; cf. idem 1968a, p. 621. See also: Olechowski 2009, pp. 50-51.

5 Kelsen 1967, p. 10; cf. idem 1991, p. 3.

Is and Ought on the one hand, and a necessary relation on the other hand? Is the gap between positive law and social reality really unbridgeable, according to Kelsen, or does he provide some stones that enable us to build a narrow, yet valuable bridge between the two? Is his relativistic concept of normativity no more than a “pallid normativity”,⁶ perhaps even a “value-nihilism”,⁷ or does it have formal but important and worthy value implications? Are there – besides the ‘basic norm’ – merely *real* conditions for the validity of the positive legal order or does the pure theory tacitly presuppose, in the conditions for legal validity, a basic *value* and underlying condition, namely, that of ‘social peace’?⁸ In order to answer these questions, I will first sketch why Kelsen actually differentiates Is and Ought and conceives of a relation between both basic categories (§2). Then I will examine if and in what way the *conditio tacita* of social peace⁹ is implied in the conditions (basic norm and effectiveness) for legal validity¹⁰ (§3, §4 and §5). The concluding section will suggest what this implication possibly means for the (re)valuation of the Pure Theory of Law¹¹ and of its normative concept of the positive legal order (§6).

6 Harris 1996, p. 103.

7 Brugmans 1997, pp. 478–480.

8 In my search for the basic value and underlying condition of ‘social peace’ in Kelsen’s Pure Theory of Law, I find support in a recently published book, which shows that the presupposition of the basic norm, can only be justified if it is reasonable to assume the existence of internal values of legality independent of substantive justice (namely: democracy, constitutionalism and *legal peace*), see: Vinx 2007, pp. 1–28.

9 To be clear at the outset, for Kelsen the peace of the law is not an ‘anarchical’ order of absolute absence of force, nor a ‘utopian’ state completely free from violence or conflict between individuals or groups; the legal order is rather a socially approved (be it ‘democratically’ or ‘autocratically’) state of compromise, in which the use of force is monopolized just to prevent, reduce and counteract individual violence and social conflict.

10 As we shall see, for Kelsen the term ‘legal validity’ simply means the specific (normative) ‘existence’ of legal norms. But even this simple sense is ambiguous, because he uses the term ‘legal validity’ both as ‘membership’ (a legal norm is valid/exists if it belongs to a legal order) and as ‘bindingness’ (a legal norm is valid/exists if it is legally binding). Being aware of this ambiguity, I shall use the term ‘validity’ in the plain sense of ‘existence’.

11 In the following sections, I shall refer to both the first and the second edition of the Pure Theory of Law, as well as to other works of Kelsen, especially the General Theory of Law and State and the General Theory of Norms. Though I am aware of the fact that Kelsen modified his views considerably and that there is not *one* Pure Theory of Law but *several* (four) phases of development in his pure theory (see: Paulson 1998, pp. 153–166), the aforementioned works of Kelsen can all the same be considered as ‘periodical’ overviews of his *work in progress* called the ‘Pure Theory of Law’ (see: Herrera 2004, p. 1).

6.2. Difference and relation between Is and Ought

By drawing a sharp ontological and epistemological line between the natural order (Is) and the normative order (Ought), Kelsen tries to 'purify' legal theory from its naturalistic fallacies.¹² The natural law doctrine assumes that norms are present in nature. Nature in general or nature of man as a rational being is seen as a norm-positing authority. By investigating nature carefully, man can discover the norms that prescribe good behavior to him. The theory that norms are immanent in nature in general, is, however, untenable. "Nature as a system of facts, connected with one another according to the law of causality, has no will and hence cannot prescribe a definite behavior of man."¹³ From what is or actually occurs in nature, it is impossible to deduce how we ought to behave. The idea that norms can be found in human reason rests on a similar fallacy. As reason is only capable of understanding and *describing* something and not capable of *prescribing* something, norms can only be produced by human will. "To detect norms of human behavior in human reason is the same illusion as to deduce them from nature",¹⁴ according to Kelsen.

The difference between Is and Ought finds further expression in the methodological distinction between the natural science principle of causality and the normative science principle of imputation.¹⁵ Natural science describes in laws of nature the connection between cause and effect. This relation is a causal necessity; it is a *must*: if A is, then B must be. Normative science, such as legal science, on the other hand, studies the connection between certain illegal behavior as a condition and a sanction as an 'effect' thereof. This relation is governed by the principle of imputation. In a norm this principle is expressed by an *ought*: if A is, then B ought to happen. A norm (and the imputation) only comes into existence by an act of human will, whereas a natural law exists independently from a will.¹⁶ The Pure Theory of Law acknowledges an analogy between causality and imputation, but emphasizes that the two connections have essentially different meanings. A sanction is not the effect of illegal behavior, but is the reaction

12 In his 'purification' of legal theory Kelsen uses the argument of naturalistic fallacies not only against the natural law doctrine, but also against sociological jurisprudence, see: Wróblewski 1981, p. 516.

13 Kelsen 1971, p. 20.

14 *Ibid.*, p. 21.

15 Kelsen 1968a, pp. 614-615. See also: Herrera 2004, pp. 17-18.

16 Kelsen 1967, pp. 75-91; cf. idem 1991, pp. 22-25.

that ought to be imputed to the illegal behavior.¹⁷ This insight leads Kelsen to conclude that legal orders are “im wesentlichen Zwangsordnungen, d.h. Ordnungen, die ein bestimmtes menschliches Verhalten dadurch herbeizuführen suchen, daß sie für den Fall des gegenteiligen Verhaltens, das dadurch als Unrecht qualifiziert wird, einen Zwangsakt als Unrechtsfolge d.i. als Sanktion vorschreiben.”¹⁸

The ontological difference between the categories of Is and Ought becomes even more apparent when Kelsen describes the specific mode of existence of the latter. He defines the validity of the norm as the specific existence of the norm.¹⁹ The validity of a norm means that it ought to be observed. This validity of the norm is its characteristic, *ideal* existence. A norm becomes valid because it is posited, and the fact that the norm is valid means that it exists. An invalid norm is no norm, because it does not exist.²⁰ The fact that only valid norms exist, indicates that we are talking about a completely different mode of existence than that of natural facts. Facts have a *real* existence. They exist as they are in reality. A fact is a fact if it actually is. A norm, however, only exists if it is valid.

On the basis of this demonstration of a fundamental difference between Is and Ought, Kelsen concludes that the difference constitutes an irreducible dualism. He states that:

an Ought cannot be reduced to an Is, or an Is to an Ought; and so an Is cannot be inferred from an Ought, or an Ought from an Is. Ought and Is are two wholly different meanings, or (...) two wholly different meaning-contents.²¹

In sum: from an Is there logically follows no Ought, and, the other way round, from an Ought there never follows an Is. Logic thus requires us to make an essential distinction between the order of norms and the order of facts; norms do have an entirely different meaning and mode of existence than facts. In addition, the two worlds are governed by the analogous, yet very different principles of imputation (Ought) and causality (Is).

Now the interesting question is whether Kelsen's Pure Theory of Law nonetheless makes room for a link between these two worlds, because if

17 On the principle of imputation and the criterion of sanction, see: Calsamiglia 2000, pp. 206-208.

18 Kelsen 1968a, p. 612.

19 Idem 2002, p. 12; cf. idem 1967, p. 10.

20 Idem 1991, p. 28.

21 *Ibid.*, p. 58.

not, it “seems that in his approach the anchorage of positive law in empirical reality disappears.”²² Is there an unbridgeable gap, or is the normative side in some way connected with the factual side? Can the Ought exist completely independent from the Is, or is there actually a certain dependence? Is the validity of legal norms (in)dependent on reality? As I said in the introduction, according to Kelsen there exists a necessary, empirical relation between the two worlds. This seems evident, since every legal norm (Ought) presupposes at least two human beings (Is): the norm-positor and the norm-addressee.²³ The law must in some sense be related to reality.

As has been said, the validity of a norm is its specific existence. This *ideal* mode of existence is made possible by two *real* conditions. These two necessary conditions for the validity of the normative order thus lie on the other side of the bridge, in the actual order of facts. The first condition for the validity of a norm is the *positivity* of that norm, which means that a legal norm, in order to be valid, must be posited by a real act of will. The positing of a norm is simply a human act that takes place in reality. The validity (existence) of a norm is then dependent on the fact whether it is posited or not by an authority. Kelsen formulates this necessary condition as a general principle: “no norm without a norm-positing authority.”²⁴

By positing a norm, the norm-positing authority wants to bring about certain behavior of the norm-addressees. The addressees ought to behave in accordance with the posited norm; and if they do not comply, then their contrary behavior ought to be sanctioned in the way prescribed by the norm. Herein lies exactly the validity of the norm. The degree in which the norm actually is observed and/or applied, that is, its actual *effectiveness*, forms the second necessary condition for the validity of the norm. Essential to a legal system then, is the apparatus of sanctions: this guarantees the effectiveness of the normative order. The assumption is that people are motivated to do the right thing, that is, to act according to the norm, because they all wish to avoid the bad reaction (the sanction, the punishment).²⁵ In Kelsen's view, therefore, the validity is dependent on the effectiveness: “a single norm and a whole normative order lose their validity – cease to be valid – if they lose their effectiveness or the possibility of effectiveness.”²⁶

22 Soeteman 1990, p. 137 (my translation from Dutch).

23 Kelsen 1991, p. 28.

24 *Ibid.*, p. 29.

25 Idem 2002, pp. 28-29. The subjective motives (be they moral, religious, social or psychological) for obeying the law can be very different indeed, yet from a *legal* point of view they are not relevant, according to Kelsen.

26 Idem 1991, pp. 138-139.

The effectiveness of the norm does not, however, require that actual behavior is always and completely in accordance with it. A norm is already effective, when it is respected by and large. There must even be a certain antagonism between the Ought of norms and the Is of facts.²⁷ If the actual behavior of people were in absolute accordance with the normative order, that order would be superfluous. It makes no sense to prescribe behavior, if that behavior consists in what everybody already necessarily does. In that case people ought to behave as they behave in reality, and then the normative order would be pointless. Equally pointless is an order of norms that nobody can possibly comply with: here, people ought to do something that they are literally unable to do. So an area of tension between norms and factual behavior is required in order for the Ought to exercise its power (effectiveness) on the Is, with complete agreement and impossible conformity as its borderlines.²⁸ Now it is clear why in the quote of the previous paragraph Kelsen refers to the 'possibility' of effectiveness as a condition for normative validity. In order to be valid, a norm must be able to be effective. A norm that prescribes impossible or necessary behavior can never be valid, because it cannot be effective at all.

So there exists an essential relation between the validity of the norm and its actual effectiveness, yet Kelsen emphasizes that the first concept certainly must not be identified with the latter. The two concepts must be distinguished in the same way as the Ought from the Is.²⁹ When the validity of a legal order (Ought) is equated with any matter of fact whatsoever (Is), then the particular meaning and effect of that order and the specific relation it has with reality is annulled.

Only if law and natural reality, the system of legal norms and the actual behavior of men, the Ought and the Is, are two different realms, may reality conform with or contradict law, can human behavior be characterized as legal or illegal.

The effectiveness of the law, Kelsen continues, is an actual phenomenon, that can be understood as the 'power' or 'might' of the law. And grasped in that way, this leads to:

27 On the inherent tension between norm and behavior, Is and Ought, see: Ebenstein 1971, pp. 641-642.

28 Kelsen 2002, pp. 59-60; cf. idem 2006, p. 120.

29 Idem 1991, p. 139.

the old truth that though law cannot exist without power, still law and power, right and might, are not the same. Law is, according to the theory here presented, a specific order or organization of power.³⁰

But what exactly is the 'specific' aspect of the legal order? For Kelsen's theory of law it is just its *normativity*.³¹ His positivistic theory, of course, cannot deny that there exists a link between the legal order and reality; between its validity and effectiveness. As we have noted, the law can impossibly be valid, when it can no longer be effective. At the same time the positivistic theory must not put validity on the same level with effectiveness, or identify Ought with Is, because then the legal order would lose its specific, *normative* meaning. In other words:

To consider a legal order as a valid system of norms means that one thinks in normative, that is not reducible to factual, terms. On the other hand there is necessarily a factual substrate. But when one restricts oneself to the latter, one gets a legal point of view, in which the crucial normative aspect of the law disappears.³²

So, the relation between Is and Ought consists in two real requirements for the validity of legal norms, namely, effectiveness and positivity, and without these necessary conditions legal norms cannot be valid; that is to say, they cannot exist. Legal validity is therefore dependent on actual conditions, which are anchored in reality. In view of this anchorage of legal validity in reality, I suggested, in a previous article,³³ the question whether Kelsen considers social peace as *conditio tacita* – as the implicit or obvious condition – for the validity of the positive legal order. Here I shall offer an answer to this question. The question is triggered by the fact that Kelsen in his search for the formal³⁴ foundation of legal validity characterizes the basic norm as *conditio per quam* – as sufficient condition – and effectiveness and positivity as *conditio sine qua non* – as necessary conditions – whereas in other instances he seems to mention social peace as the implicit or underlying condition for the validity of the positive legal order. In the following three sections these conditions shall therefore be discussed. I will argue

30 Idem 2006, p. 121; cf. idem 2002, p. 61 and idem 1967, p. 214.

31 Calsamiglia 2000, p. 205.

32 Soeteman 1990, p. 138 (my translation from Dutch).

33 Notermans 2008, p. 67 (this thesis, chapter 3, p. 72).

34 As an alternative to a *material*, natural law-foundation, which is according to Kelsen scientifically untenable, see: Bruggmans 1997, p. 465.

that, while Kelsen already alludes to social peace in his formulation of the basic norm (§3), it is only in his conception of the effectiveness of law (§4) that these allusions become so clear that social peace must be taken to constitute a different condition, to wit the 'tacit condition', for legal validity in its own right (§5).

6.3. Basic norm as *conditio per quam*

Kelsen begins his search for the formal reason of validity of law with the question why a certain coercive act, for example the execution of a sentence to imprisonment, can be judged as a *lawful* act.³⁵ More specifically, why can we – as jurists – interpret the deprivation of freedom in the one case as a *legal* act (sanction) and in another case as an *illegal* act (delict)? Kelsen replies that our interpretation depends on the preceding existence, that is, validity, of a legal norm as a 'scheme of interpretation'.³⁶ If the deprivation of freedom is prescribed by a valid individual legal norm, for example the judicial sentence imposing imprisonment, then we can interpret that act as not-illegal and thus as *lawful*; if not, for example in case of a hostage, then that act can be judged as illegal and thus as *unlawful*. When we search for the basis of validity of a certain individual legal norm, such as a judicial sentence, that basis can be found in a, figuratively speaking, 'higher', or more general legal norm. The individual norm against taking of hostages, applied by the judge in his sentence, is valid if it can be traced back to a more general norm, namely, the statutory regulation determining the sanction of imprisonment against the delict of taking of hostages. When we ask further why a certain general legal norm, the criminal statute, is valid and why a judge is authorized to punish, the answers can be given by referring to the highest, most general legal norm: the constitution.

The constitution prescribes in what manner the legislative power must enact (criminal) statutes and authorizes the judiciary to adjudicate (criminal) acts. When we ask next for the foundation of validity of the highest positive legal norm, the constitution, we can look to the historically first constitution,³⁷ but we cannot find the final foundation, according to Kelsen,

35 Kelsen 2006, p. 115; cf. idem 2002, p. 57 and idem 1967, p. 199.

36 Idem 2002, p. 10; cf. idem 1967, pp. 3-4.

37 Or at most from the highest, most general legal norm of *international* law, depending on the question whether one recognizes the primacy of the *national* or the *international* legal order: for the most extensive explanation thereof, see: Kelsen 1952, pp. 401-447.

in a positive legal norm but only in a hypothetical, non-positive 'basic norm'. The supreme basic norm of positive law, which is essentially a normative coercive order, must then schematically be formulated as follows: "Coercive acts ought to be performed under the conditions and in the manner which the historically first constitution, and the norms created according to it, prescribe. (In short: One ought to behave as the constitution prescribes.)"³⁸

In his quest for the basis of legal validity Kelsen opposes, amongst other doctrines like that of natural law, Schmittian decisionism,³⁹ which holds that the decisive reason of validity of a legal norm is the fact that it is decided by a certain human (or divine) authority or sovereign, as in the claim: "This sentence is valid, because it is passed by the judge." If we, however, strictly observe the Is-Ought dichotomy and do not commit the naturalistic fallacy⁴⁰, we cannot look for the reason of validity of that sentence in the bare *fact* that it *is* passed by a judicial authority, but we can only find it in the higher *norm* – giving authority to the judge – that determines that we *ought* to behave as the judgment prescribes. Applied to the highest posited legal norm, the constitution, this means that the basis of validity thereof does not lie in the *fact* that it *is* established by a legislative sovereign, but in the presupposed *basic norm* – lending sovereignty to that legislator – that stipulates that we *ought* to behave as the constitution prescribes.

In the so-called 'normative syllogism' this reasoning runs as follows: The major premise: "One *ought* to behave as the constitution prescribes"; the minor premise: "The constitution *is* established by the sovereign legislator"; and the conclusion: "According to the constitution the judge *ought* to adjudicate (criminal) acts." As Kelsen admits, the minor premise (the fact of norm-positing) forms a necessary link between the major premise (the basic norm) and the conclusion (the constitutional norm), for both premises are conditions for the validity of the conclusion. But, as Kelsen states further:

only the major premise, which is an *ought*-statement, is the *conditio per quam* in relation to the conclusion, which is also an *ought*-statement; that is, the norm whose validity is stated in the major premise is the reason for the validity of the norm whose validity is stated in the conclusion. The *is*-statement functioning as minor premise is only the *conditio sine qua*

38 Idem 1967, p. 201; cf. idem 1991, p. 255.

39 Schmitt's well-known decisionism and definition of the sovereign as "he who decides on the state of exception" conceptually and logically negates Kelsen's ultimate foundation of legal validity on a norm, see: Schmitt 2005, chapter 1, p. 5. See also: Dyzenhaus 1997, pp. 42-51 and Piret 1996, pp. 6-10.

40 On the subject of the Is-Ought dichotomy and naturalistic fallacy, see: Wróblewski 1981.

non in relation to the conclusion; this means: the fact whose existence is asserted in the minor premise is not the reason for the validity of the norm whose validity is asserted in the conclusion.⁴¹

In the foregoing quote Kelsen refers to the basic norm as *conditio per quam* for the validity of the highest positive legal norm, the constitution, and thereby of the positive legal order as a whole. Kelsen explains that the basic norm has several functions; the most important ones are the following.⁴² Firstly, the hypothetical basic norm – if assumed – provides for a “cut-off point in the quest for validation”,⁴³ it brings the endless quest for the grounding of validity of the positive legal order to a final closing. At the same time, the formal-dynamic basic norm provides the positive legal order with a “starting point of the process of creating law”,⁴⁴ which grants a norm-positing authority and prescribes under which conditions and in what manner it ought to create valid legal norms. Moreover, the presupposed, non-positive basic norm functions as a Kantian ‘transcendental-logical condition’ for normative scientific knowledge, which makes the ‘juridical interpretation’ of subjective coercive acts as objective legal acts possible.⁴⁵ Furthermore, the covering and coordinating basic norm establishes, in the multitude of norms, a ‘logical, non-contradictory unity’ in which the validity of all norms is reducible to one common source.⁴⁶ As such it logically guarantees both that all conflicts between norms are solvable because of their ‘annullability’ provided for by the legal order⁴⁷, and that all disputes between people are decidable on a legal basis because of the ‘completeness’

41 Kelsen 1967, p. 194. See also: Fränkel 1965, p. 26.

42 For a first impression of the number of functions the basic norm fulfills, see the Index of Subjects under ‘basic norm’ in: Paulson & Bonnie Litschewski-Paulson (ed.) 1998. See also: Paulson 1993, pp. 53-74 and Van Roermund 2000, pp. 209-213.

43 Ebenstein 1971, p. 638. In contrast to the natural order in which the search for the cause of an effect leads to a *regressum ad infinitum* and in which there is no place for a *prima causa*, see: Kelsen 1967, pp. 194-195.

44 Ebenstein 1971, p. 643. In contrast with the material-static basic norm of natural law which lays down beforehand the moral content of all norms on which content their validity is fully dependent, see: Kelsen 1967, pp. 195-201.

45 By analogy with Kant’s ‘transcendental-logical conditions’ (like causality) for natural scientific knowledge in: Kant 2005, chapter 3, A79/B105. See: Kelsen 1967, pp. 201-205.

46 On the logical systematicity and unity of the theory of law and of the law itself, see: Cal-samiglia 2000, pp. 208-211.

47 Kelsen 1967, pp. 205-208, 267-278. According to Kelsen the term ‘unconstitutional law’ is a *contradictio in adjecto* because such a ‘law’ is not a valid constitutional law and therefore on the basis of the constitution – ultimately the basic norm – ‘annullable’; in fact such a law is considered constitutional until it is annulled either by an opposite later one (under the general

of the legal order.⁴⁸ Finally, in his skeptical or voluntaristic phase⁴⁹, Kelsen loses faith in the applicability of logical principles to norms and in the possibility of grounding their validity, as meaning of acts of will, on a hypothetical thought-norm. Now he presents the basic norm as a mere fiction of cognition in the pragmatic sense of Vaihinger's philosophy of 'As-if'.⁵⁰ Yet its aim remains the same; the basic norm serves "to ground the validity of norms forming a positive (...) legal order, that is, to interpret the subjective meaning of the norm-positing acts as their objective meaning (...) and to interpret the relevant acts as norm positing-acts."⁵¹

Thus far I have represented the usual formulation of (the respective functions of) the basic norm, as Kelsen explicitly conveys it in his Pure Theory of Law. As yet, we have not heard much about the basic value of positive law, namely, social peace, which would be – as I announced – tacitly implied in the conditions for legal validity, like the basic norm. This is no wonder, since the pure theory defends the position, first, that the basic norm can found the *objective* validity of *any* positive legal order, so long as it is by and large effective, and, second, that the moral-political content of such a coercive order is completely independent of its basic norm. This position makes the pure theory essentially different than the natural law doctrine.⁵² Certainly, Kelsen admits that his legal positivism depends on a non-positive basic norm in order to found the validity of the legal order, just like the natural law doctrine makes use of a supra-positive value-standard of valid law. But Kelsen emphasizes that this relative difference is "large enough to exclude the view (...) that the positivistic theory of a basic norm (...) is a theory of natural law."⁵³ He wastes no more words on this very problem – at least, not in his Pure Theory of Law.

legal rule: *lex posterior derogat priori*) or by a special procedure provided for by the constitution (under a legal system with "judicial review"), see: Fränkel 1965, pp. 35-36.

48 Kelsen 1967, pp. 245-250. According to Kelsen the idea of 'gaps in the law' is an ideological fiction because logically there are no genuine 'gaps'; all actions are on the basis of a statute – ultimately the basic norm – either explicitly prohibited or on the silence of the law permissible, *tertium non datur*, see: Vinx 2007, pp. 42-43.

49 On the (four) phases in Kelsen's legal theory, see: Paulson 1998, pp. 153-166.

50 Herrera 2004, p. 25 and Olechowski 2009, p. 58. Contrary to a hypothesis, of which the truth can be verified by its correspondence with reality, a fiction – of which we are aware that it is false because it contradicts reality and is self-contradictory – can only be justified by its utility in reality, see: Vaihinger 2000, part 1, chapter 21.

51 Kelsen 1991, p. 256.

52 Idem 1967, p. 217; cf. idem 2002, p. 56.

53 Idem 1967, p. 219. See also: Ebenstein 1971, pp. 639-640.

Nevertheless, in an early and small, yet not less important study, entitled *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, Kelsen does say more (than he perhaps cared for) about this problem and refers to the basic value of positive law. He argues that the function of the basic norm consists not only in the interpretation of a “historical-political reality” as an objectively valid order, in which sense the basic norm “means the transformation of power into law”, but also in the conversion of this empirical material to a “meaningful, that is, non-contradictory order”, with which postulate “juridical science oversteps the boundary of pure positivism.”⁵⁴ And although Kelsen emphasizes again that it is not the proper task of legal positivism – unlike natural law doctrine – to give an “answer to humanity’s eternal quest for justice”, he yields to the temptation to ‘confess’ that legal positivism,

which need not be more papal than the pope, may claim that it, too, has grasped the essence of justice in its basic norm which constitutes the positive law as a non-contradictory order, especially if it comprehends the positive law, by means of this basic norm, as an order of peace.⁵⁵

That this hint of Kelsen at “the positive law as an order of peace” is not a slip of his tongue – as Carrino already observed⁵⁶ – and that he neither will stick to this sole ‘confession’ shall be shown hereinafter (§5). At the end of this section I confine myself to the tentative conclusion that the formulation of the basic norm, as *conditio per quam* for the validity of the positive legal order, is *in itself* the formulation of a basic legal value. While the basic norm – not able to answer rationally the quest for justice because of the emotional problem of interests or value conflicts⁵⁷ – excludes *all* irrational and material values of justice, it does imply *one* logical-formal value that forms the basis of the existence of the positive law as a rational order. For if the positive legal order ‘*ought to be*’ rational (a meaningful unity), it *can only be* rational (non-contradictory) if the society that is subject to the law, is pacified. Formulated in this sense, the basic norm means the transformation of the ethical ideal of justice into a logical ideal of peace.⁵⁸

54 Kelsen 2006a, p. 437.

55 *Ibid.*, p. 440.

56 Carrino 1991, p. 82.

57 For Kelsen’s understanding of justice as a problem of solving emotional interests or value conflicts, see: Kelsen 1971.

58 Carrino 1991, p. 83. Subsection IV.B.e. of Kelsen 2006a, in which Kelsen makes the above said ‘confession’, has the revealing title: “The ideal of justice becomes a logical pattern”. On this ‘transformation’ of the idea(l) of justice, see: Kelsen 1947, pp. 390–418; cf. *idem* 2006, pp. 13–14.

Also, in its non-logical meaning of a mere “fiction of finiteness in the legal order”, the basic norm contains this pacifying value, as it pragmatically secures against an important source of “alienation” – as Van Roermund calls it – namely, “the infinite debate of conflicting parties, which ignores the urgency of bringing conflicts to an end.”⁵⁹ By means of the ‘fiction’ of the basic norm we lend legal-institutional form to the practical idea that there is some ‘lawful’ solution for our ethical problems.

6.4. Effectiveness as *conditio sine qua non*

Before I shall present a few other clear allusions to social peace (this time in relation with effectiveness) and argue that social peace must be regarded as a different condition for legal validity, to wit as the *conditio tacita* (§5), I will discuss Kelsen’s conception of effectiveness of law as *conditio sine qua non*.

“Just as Kelsen is willing to admit that the concept of the basic norm contains a minimal element of natural law”, in the limited degree that we have described above, “he also concedes that the basic norm, to be meaningful, must take into account a minimum of social facts, or social reality.”⁶⁰ In this precise sense, as Ebenstein in my view correctly states its ‘bridging role’, even the presupposed basic norm forms a narrow bridge between the normative side of Ought and the factual side of Is. According to Kelsen, the non-positive basic norm is not a *necessary* but only a *possible*,⁶¹ yet not *arbitrary*⁶² presupposition of the validity of the positive legal order. Indeed, in order to be meaningful, the basic norm must *directly* relate to an actually established constitution, which is by and large effective, and *indirectly* to an under that same constitution settled coercive order, which then is effective in the same degree. Only when the basic norm is related to a socially effective order, can it provide that specific order with

See also: Bernstorff 2010, pp. 188-190 and Notermans 2011b, pp. 87-105 (this thesis, chapter 2, pp. 29-51).

59 Paulson & Van Roermund 2000, p. 127 and Van Roermund 2000, pp. 211-212.

60 Ebenstein 1971, p. 642.

61 Kelsen 2002, p. 34; cf. idem 1991, pp. 255-256. One can interpret human relations also as sheer power relations, see: Brugmans 1997, p. 470.

62 Herrera 2004, p. 25. According to Brugmans the basic norm is a completely arbitrary justification of normative statements because – contrary to the correspondence theory of truth – as a standard of normativity it is with respect to content objectively indeterminate, see: Brugmans 1997, p. 470.

an objective meaning, in the sense that one can speak of an existing, that is, an objectively valid, legal order.⁶³

Kelsen admits that the two real conditions of legal validity, namely, positivity and effectiveness, are in some (circular) sense taken into account in the basic norm,⁶⁴ as becomes apparent in the variation on the aforementioned syllogism (§3), which brought us back to the foundation of validity of the legal order, as follows:

the major premise is the ought-sentence which states the basic norm: 'One ought to behave according to the actually established and effective constitution'; the minor premise is the is-sentence which states the facts: 'The constitution is actually established and effective'; and the conclusion is the ought-sentence: 'One ought to behave according to the legal order, that is, the legal order is valid'.

Here Kelsen confirms again the *conditio per quam*-nature of the basic norm and the *conditio sine qua non*-character of the effectiveness, for he continues:

The norms of a positive legal order are valid because the fundamental rule regulating their creation, that is, the basic norm, is presupposed to be valid, not because they are effective; but they are valid only as long as this legal order is effective. As soon as the constitution loses its effectiveness, that is, as soon as the legal order as a whole based on the constitution loses its effectiveness, the legal order and every single norm lose their validity.⁶⁵

Thus the validity of the positive legal order cannot be reduced to and/or justified by its actual effectiveness – in other words: from an Is one cannot deduce an Ought – but this does not mean – as we already saw in §2 – that there is no relation at all between the ideal sphere of Ought (normative order) and the real sphere of Is (social facts). As a realist, Kelsen acknowledges that the validity of the legal order is indeed to a certain, even *necessary*, extent dependent on its effectiveness. Or put in other words, this acknowledgment comes down to the truism – also mentioned in §2 – that

63 Kelsen 1967, p. 201.

64 Vinx 2007, n. 86 p. 60, pp. 105-106. See also: Harris 1996, p. 108 and Van Roermund 2000, p. 214.

65 Kelsen 1967, p. 212; cf. idem 2006, pp. 41-42, 119.

while right is not the same as might, yet law cannot do without power.⁶⁶ So legal validity is not identical with effectiveness, but effectiveness is a necessary, *sine qua non*-condition for legal validity. This does, of course, not mean that a whole legal order loses its validity as soon as one single legal norm lacks effectiveness. As we know, a legal order is considered to be valid so long as its norms remain by and large effective, that is, so long as its norms are applied and obeyed in general. But when this is no longer the case, the legal order as a whole will finally lose its validity.

A clear case of a positive legal order being disputed, is when it is threatened to be replaced in a violent or revolutionary way by a whole new order, as for instance during a revolution or (civil) war.⁶⁷ It is remarkable that, of all questions, Kelsen formulates this particular question concerning a non-legal regime change not so much in terms of 'legality', but rather in terms of 'legitimacy'.⁶⁸ Specifically: why can we – as jurists – interpret the acts of rebels in the one case as *legitimate* (as creating a new constitution) and in another case as *illegitimate* (as committing (high) treason)? Far clearer than in the search for the basis of validity of a stable and undisputed legal order, where our juridical interpretation of acts can, without much contention, proceed through *previously* existing legal norms to the presupposed basic norm (§3), the case of a regime change shows us to what extent we take into account the effectiveness of the norms created by a new regime in our possible presupposition of the basic norm of that regime. And we can in fact ascertain this effectiveness of the regime in question only *subsequently*, that is, after the whether or not successful outcome of the rebellion against the old regime.⁶⁹ But how exactly, according to Kelsen, does this interpretation proceed in case of (an attempt to) a revolutionary change?

Imagine that in an autocratic regime rebels rise up in arms attempting to overthrow the lawful government and to substitute the autocracy by a

66 Herrera 2004, pp. 36-39.

67 Though Kelsen only treats cases of revolution or *coup d'état*, I suppose that his theory of non-legal regime changes is also applicable to a regime change in case of (civil) war.

68 Kelsen 1967, pp. 208-2011; cf. idem 2006, pp. 117-119. At first sight the terms 'legality' and 'legitimacy' seem to mean for Kelsen essentially the same 'purely legal' thing, yet on further consideration one can understand Kelsen's Pure Theory of Law as a theory of political legitimacy, once it is read in the light of Kelsen's political theory; that is at least the claim in: Vinx 2007, pp. 58-67.

69 If one recognizes the primacy of the international legal order by presupposing an international basic norm (see n. 37 above), then the principal of effectiveness becomes a positive norm, which regulates the *ex post* recognition of states and governments by the ascertainment of effective control by a government of a population on a state territory, see: Kelsen 1952, pp. 258-288. See also: Harris 1996, p. 107 and Khan 1987, p. 15.

democracy. If they are successful, the old regime will become ineffective and the new regime effective, through the fact that in reality the people will no longer behave in conformity with the old regime, but generally with the new regime. As soon as we can actually ascertain the effectiveness of the new government, it is possible for us to regard the democratic regime as the valid legal order,⁷⁰ and we can interpret certain acts as lawful and other acts as unlawful, according to its norms. This also means that we presuppose a new basic norm: we claim no longer that one ought to behave as the autocratic constitution prescribes, but that, from now on, one ought to behave as the democratic constitution prescribes. In this way we judge *ex post* the rebellion as *legitimate*. If the rebels are unsuccessful, because actually the new regime that they attempt to settle remains ineffective, we judge the rebellion as *illegitimate*, consequently not as the creation of a new constitution but as (high) treason. For in the latter case we can interpret the behavior of people still according the autocratic regime, of which we presuppose the validity by virtue of the old basic norm. In sum, if a rebellion is effective, the old government loses its authority and the new government is lawful so long as it remains effective.

One could depict Kelsen's "strict juristic interpretation", with his conception of the effectiveness of law, as "moral neutrality (...) [sliding] into moral emptiness"⁷¹, since he seems to legitimize any mere successful regime change. As a result, we – as jurists – seem unable to distinguish meaningfully between the law as a coercive order in process of (trans)formation and 'an armed rebel situation writ large'.⁷² Well now, I admit that Kelsen's pure juridical interpretation can validate – and thereby 'legitimize' – morally just as well as unjust revolutions and subsequently changed regimes, because of the anti-ideological and relativistic stance of the Pure Theory of Law.⁷³ But in my view it is not quite correct to infer that his conception of effectiveness "would legitimize a revolution even if it is socially disapproved", and – as Khan also suggests – I think it is definitely wrong to conclude

70 Again from the perspective of international law, this means that "even a government that comes to power by revolutionary means or a coup d'état is to be regarded, in terms of international law, as a legitimate government if it is capable of securing continuous obedience to the norms it issues", see: Kelsen 2002, pp. 61, 120.

71 Khan 1987, pp. 16-17. Harris paints Kelsen's "juristic interpretation" as "nothing but normative topdressing" and states that the term 'legitimacy' is thus reduced to or resolves into "pallid normativity", see: Harris 1996, pp. 109-110.

72 As a variation on Hart's comparison of Austin's command theory of law with a "gunman situation writ large", in: Hart 1997, pp. 18-25.

73 Kelsen 2002, pp. 15-19. For Kelsen's relativistic theory of justice, see: idem 1971.

that “a revolutionary government can create a valid (...) legal order on the sole basis of effective coercion.”⁷⁴ As I have shown above: validity is not reducible to effectiveness; and as I will show below: effectiveness involves more than bare coercion.

6.5. Social peace as *conditio tacita*

For Kelsen the term ‘effectiveness of law’, as *conditio sine qua non* for the validity of the positive legal order, does not only have an explicitly recognized socio-logical overtone, but also an implicitly confessed socio-*ethical* undertone, for which we can hardly close our ears if we wish to comprehend his theory of law better. In his *General Theory of Law and State* Kelsen writes that the “only connotation” which may be attached to the term effectiveness, is the actual conformity of human behavior with the legal order.⁷⁵ And if we listen carefully to his already mentioned study *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, we can clearly hear this socio-logical overtone: Kelsen speaks about effectiveness as conformity and argues that human behavior must not be in complete contradiction⁷⁶ with the legal order if that order wants to regulate the behavior in a meaningful way. This statement, Kelsen goes on, can in addition be expressed in terms of the basic norm: “the basic norm can only establish a law-making authority whose norms are, by and large, observed, so that social life broadly conforms to the legal order based on the hypothetical norm.”⁷⁷

If we take these statements seriously, we see – or at least this is what I suggest – that the basic norm, as *conditio per quam* for the validity of the positive legal order, cannot assume *any* (arbitrary) effective transformation of naked power into valid law, but *only* under the implicit condition that in general no major conflict exists, neither in the ordered society itself (between its members) nor between the legal order and social life (human behavior). Taking into consideration Kelsen’s reference to peace in relation to the basic norm (§3) and his conception of the effectiveness of law (§4), it is – I believe – just in his aforesaid connotation of effectiveness as ‘conformity of social life with the legal order’ that the socio-*ethical* condition

74 Khan 1987, pp. 17-18. Khan concludes, “Kelsen’s theory of efficacy is morally neutral and legitimizes every successful change, but in so doing confuses legal order with mere coercion”, see: idem 1987, pp. 27-28.

75 Kelsen 2006, p. 40.

76 For that matter neither in absolute accordance, see n. 27 above and Khan 1987, p. 13.

77 Kelsen 2006a, p. 437.

of social peace is tacitly presupposed. This implies that the Is-sentence, functioning as minor premise in the 'normative syllogism',⁷⁸ stating the fact of effectiveness as the necessary condition for the validity of the legal order, presupposes social peace as the underlying condition for legal validity. I shall clarify my suggestion by providing some more allusions of Kelsen to social peace, and argue that social peace needs therefore to be considered as a different condition, namely, a 'tacit condition', in its own right.

In *General Theory of Law and State*, when he compares the irrational ideal of absolute justice with that of peace, Kelsen writes that:

regarded from the point of view of rational cognition, there are only interests, and hence conflicts of interest. Their solution can be brought about by an order that either satisfies one interest at the expense of the other, or seeks to achieve a compromise between opposing interests. That only one of these two orders is 'just' cannot be established by rational cognition.⁷⁹

The Pure Theory of Law – as a rational science of law, not an ideological politics of law – can know no more than the objectively determinable law, which is in reality the positive legal order. In Kelsen's view the pure theory can only inquire into the real and the possible, not into the morally 'just' law; therefore, it must, under all circumstances, refuse to evaluate a legal order as an absolutely just or unjust solution to the problem of conflicting interests.

But what this anti-ideological and relativistic theory can do – realistic as it is too⁸⁰ – is to determine under what objective circumstances a legal order can keep its claim to validity and obedience, so that it continues to be socially effective. According to Kelsen, experience can teach us that:

only a legal order which does not satisfy the interests of one at the expense of another, but which brings about such a compromise between the opposing interests as to minimize the possible frictions, has expectation of relatively enduring existence. Only such an order will be in a position to secure social peace to its subjects on a relatively permanent basis.⁸¹

⁷⁸ See § 3 and § 4 above.

⁷⁹ Kelsen 2006, p. 13.

⁸⁰ Herrera 2004, pp. 22-23 and Fränkel 1965, pp. 55-56.

⁸¹ Kelsen 2006, pp. 13-14. See also: Bernstorff 2010, p. 188.

This means, contrariwise, that one can expect a legal order which is unable to guarantee the social peace between its subjects in this way, to have a relatively short existence; it will gradually lose its effectiveness, and by that, eventually, its validity.

In *Natural Law Doctrine and Legal Positivism* Kelsen formulates the same socio-realistic insight in other words. There he states that, although the question as to what moral-political factors have caused the content of a positive legal order is beyond rational cognition of legal positivism, since it must restrict itself to a given order of legal norms in its 'Ought'-quality, it nonetheless can offer the following answer:

every legal order which has the degree of effectiveness necessary to make it positive is more or less of a compromise between conflicting interest-groups in their struggle for power, in their antagonistic tendencies to determine the content of the social order.(...) The result of this struggle determines the temporary content of the legal order.

And a little bit further Kelsen continues the answer to the aforesaid question as follows:

The content of the positive legal order is no more than the compromise of conflicting interests, which leaves none of them wholly satisfied or dissatisfied. It is the expression of a social equilibrium manifested in the very effectiveness of the legal order, in that it is obeyed in general and encounters no serious resistance.

In this sense then, as Kelsen 'confesses' once again, legal positivism "recognizes every positive legal order as an order of peace."⁸²

With this recognition, Kelsen clearly draws a sharp distinction between the natural law doctrine and his own project of legal positivism. Whereas the former accepts only the validity of a legal order when it meets all the unconditional and material requirements of the ideal of absolute justice, unilaterally determined by one of the interest-groups in their struggle for power; the latter, on the contrary, recognizes any legal order as valid under the relative and formal condition of a socially effective balancing point, that is, a state of peace which is, more or less, approved of by the conflicting

82 Kelsen 2006a, pp. 438-439.

interest-groups as their general conformity with the realized order shows.⁸³ And while the natural law theory prioritizes, in the making of the moral-political content of the legal order, a definite and absolute (yet rationally disputable) value of 'the good life' or 'the right order', and places it as the uncompromising end of the positive law, legal positivism holds on to its moral-political skepticism and value-relativism. Legal positivism is totally indifferent to the, arguably various, good and bad judgments on what the content of the positive law ought to be; here, the essential function of the legal order is only to serve as a rational frame for reaching compromises that makes human life and social order at least possible.⁸⁴ Here we find the precise socio-*ethical*, yet 'moral-political indifferent'⁸⁵ sense in which, as I believe, Kelsen considers social peace to be the *conditio tacita*, the underlying condition for the validity of the positive legal order.

I am supported in this interpretation by what Kelsen writes, again in his *General Theory of Law and State*, about the monopolization of the use of force and the related relation between law and peace. He accepts without reservations that the law, as an organization of force, is "an ordering for the promotion of peace, in that it forbids the use of force in relations among the members of the community" and that the law, precisely by the monopolization of the use of force, "pacifies the community."⁸⁶ He relates this situation of monopoly of force to the expected enduring existence (validity) of a legal community, when he says that a "community, in the long run, is possible only if each individual respects certain interests – life, health, freedom, and property of everyone else, that is to say, if each refrains from forcibly interfering in these spheres of interests of the others."⁸⁷ He points out that it is precisely the positive legal order, by using a specific 'social technique' – the law – and by having control of the force monopoly, that can bring one individual to refrain from a violent interference in the sphere of interests

83 Van Roermund speaks of "a certain form of factual by and large compliance with certain directives or, what boils down to the same thing, a certain crystallization of political oppositions", see: Van Roermund 2000, p. 214.

84 Carrino 1991, p. 85 and Vinx 2007, pp. 68-69. Because of this pacifying function of the legal order, I do not – unlike Brugmans 1997, p. 480 – believe that in its skepticism and relativism Kelsen's legal positivism indicates a fundamental arbitrariness and genuine indifference to actual and human-practical reality.

85 Subsection IV.B.d. of Kelsen 2006a, in which Kelsen makes the above said 'recognition', has the concealing title: "The political indifference of legal positivism", because it is an 'indifference' to the just content of the law, not to the pacifying function of the legal order. See also: Bernstorff 2010, p. 189.

86 Kelsen 2006, p. 21.

87 *Ibid.*, p. 22.

of another, and by that, make a permanent and pacified community possible. The law is namely a coercive order under which the use of force in general is prohibited as a delict, but in exceptional cases – under specific circumstances and for specific organs – allowed as a sanction. In the rare case of a violent interference (delict) a so ordered community intervenes itself and reacts with a comparably forceful, yet *legal* interference (sanction) in the sphere of interests of the individual who was responsible for the *illegal* act. By this reaction the sphere of interests of the disturbed individual is re-established, and the social peace in the community is restored. But when, contrariwise, a disintegrating community becomes incapable of using this specific ‘social technique’ and loses control of the force monopoly – as for instance during a revolution or (civil) war – the spheres of interests of the individuals can no longer be protected effectively. In which case, according to Kelsen, there is no more “state of law, which, in the sense developed here, is essentially a state of peace.”⁸⁸

The fact that in Kelsen’s work social peace not only appears as a *condition* for legal validity – ‘law through peace’ – but also as a *consequence* of the legal order – ‘peace through law’⁸⁹ – does not detract from my argument that social peace is the *conditio tacita*. It just proves the very fact that law (including its force) and peace are the two sides of the same coin of the positive legal order. That specific *normative* coin can only begin to roll (become positive/valid) when there is a minimal level of peace already present in society (condition), and it can keep on rolling (remain positive/valid) and even increase that peace-level by further reducing violence and conflict, just because the law is an ordering for the continuation and promotion of peace (consequence). I am aware of the fact that in the second edition of the *Pure Theory of Law* Kelsen modified his view on the relation between law and peace. There he substituted for the concept of ‘social peace’ that of ‘collective security’, still aimed at peace though, and assumed:

that a pacification of the legal community takes place only on that level of legal development in which self-help is prohibited, at least in principle, and collective security in the narrower sense of the word [i.e. centralization of the monopoly of force] prevails.⁹⁰

88 *Ibid.*, pp. 22-23.

89 The phrase “peace through law” refers to Kelsen’s well-known work on international peace through compulsory adjudication, see: Kelsen 1944. See also: idem 1942 and Notermans 2011a pp. 38-47 (this thesis, chapter 4, pp. 73-103).

90 Kelsen 1967, p. 38.

According to this later Kelsen, the law in its primitive stage, when the monopoly of force is decentralized and self-help still exists,⁹¹ cannot secure peace, but guarantees only collective security in the broader sense of the term, by prescribing under which conditions and in what manner force ought to be used. Despite of the fact that, as he even now maintains, “the development of the law runs in this direction [i.e. of peace]”, Kelsen drops his earlier view “that the state of law is necessarily a state of peace and that the securing of peace is an essential function of the law”, and concludes that “the securing of peace, the pacification of the legal community, cannot be considered as an essential moral value common to all legal orders; it is not the ‘moral minimum’ common to all law.”⁹² Because of this significant modification of Kelsen’s view, I consider my argument especially applicable to the positive law in its advanced stage,⁹³ when the monopoly of force is more or less centralized, with the modern state as the representative of the most pacified legal order.

For this pacification of the community it is, however, not required that the ordered society and its members are always and completely in a ‘state of peace’, in the sense of a situation in which there is no use of force at all. The positive legal order can only provide relative, not absolute, peace; not only in that it deprives its subjects of the right to use force and reserves the force-employment entirely for itself (with the exception of self-defense in which case every individual still has the right to use force itself⁹⁴), but also in that it cannot totally avoid that some of its subjects actually will sometimes use violence towards others and thereby still commit delicts.⁹⁵ Because of this relativity of the legal peace, there exists a certain antagonism between the ideal of social peace and the reality of human conflicts, comparable to the antagonism, mentioned in §2, between the Ought of norms and the Is of facts. We have seen that Kelsen points at the area of tension in which the Ought can exercise its power on the Is, with on the one hand complete agreement and on the other hand impossible conformity as its

91 One can think of primitive legal communities, but also of the international legal order in its present form.

92 *Ibid.*, p. 38.

93 This does not exclude the applicability of my argument to the law in its *primitive* stage, yet I admit that on that low level of legal development the implicit value of ‘social peace’ is less discernible as a tacit condition for legal validity in its own right, perhaps because in its reduced sense of ‘collective security’ it is more uniform – but not identical – with the explicit principle of effectiveness, which at that stage is still the prevalent condition.

94 “Even in the modern state, in which centralization has reached the highest degree, a minimum of self-help remains: self-defense”, see: *idem* 1967, p. 39.

95 Olechowski 2009, p. 50 and Fränkel 1965, p. 21.

boundaries. The contrast between the normative order and social reality may not sink below a certain minimum, but cannot go beyond a certain maximum either.⁹⁶ My suggestion is that Kelsen would point out that, in a similar way, there is a field of tension in which the ideal of social peace can exert its effectiveness on the reality of human conflicts, with its extremities as: on the one hand absolute absence of force, a 'state of anarchy' in which law would not be needed, and on the other hand full presence of violence, a 'state of war' in which law would not be viable.

Only within these two extremities of the impossible 'state of anarchy' and the intolerable 'state of war', the positive legal order can span a more or less narrow, but stable and valuable bridge connecting ideality with reality. Of course, Kelsen would add that within this bandwidth the positive law can realize the ideal of social peace in various moral-political degrees and through different good or bad forms of government, ranging from autocracies to democracies,⁹⁷ which nonetheless are all to be considered as legally valid. On the one side of the range one can find – probably already fulfilled in an autocratic order – a restricted form of 'negative peace', that is a state of relative absence of individual violence in which at least the most vital spheres of human interests are secured, as well as a limited frame of 'positive peace', meaning that at least the most powerful interest-groups have approved of this state of social compromise (otherwise they would have revolted against it). And on the other side of the breadth (making the bridge somewhat broader) one will discover – perhaps only achieved in a democratic order – besides an enlarged form of negative peace, respecting more than only the most vital spheres of human interests, also a wider frame of positive peace, that is, a state of social compromise of which most of the opposing individuals have approved.

6.6. Conclusion: legal validity and social peace

As for the conclusion of my argument: Kelsen's Pure Theory of Law *tacitly* presupposes in *all* conditions (including the basic norm), but clearly in the *necessary* conditions (especially effectiveness) for the validity of the (more or less centralized) positive legal order, an implicit and underlying condition of social peace, which I therefore have called the *conditio tacita*. Social peace appears to be not only the 'tacit condition' for legal validity,

⁹⁶ Kelsen 2006a, pp. 436-437.

⁹⁷ On these different forms of government, see: idem 2006, pp. 283-303.

but – unlike effectiveness and positivity, which are to be sure necessary yet merely *real* conditions – it also seems to be a basic socio-ethical *value* inherent in positive law. This would imply that in our – Kelsenian – normative concept of the legal order and in our juridical interpretation, we – as jurists – presuppose hypothetically and normatively social peace as a basic value,⁹⁸ notwithstanding the conclusion that even the least contradictory legal order may represent a state of supreme material injustice⁹⁹ and notwithstanding the conclusion that even the fullest monopolization of the use of force constitutes only relative, not absolute, peace. It is true that “such relative implementation of ordered peace” – as Harris calls it – “does not, for Kelsen, entail ranking on a scale of objective political virtue”, yet, at the end of my investigation I’m not so certain that it is, for Kelsen, merely “a matter of legal-institutional sociology, not justice.”¹⁰⁰ Despite its formal and relative limitations, the implementation of social peace in the legal order (for instance in the institute of adjudication), is anyhow an implicitly conditioned worthy or ‘just’ value in its own right, not in that it can help – us jurists (or judges) – to find the ideal answer to humanity’s never-ending quest for absolute justice (for example the absolute just decision in a legal dispute), but in that it enables us to make a peaceful end to human conflicts that are ever-present in reality.¹⁰¹

One could object that Kelsen’s concepts of validity and normativity of the positive legal order come down to – as Piret names it – a “sterile tautology of normality, that means a state of relative internal calm and peace: as long as it lasts the valid law applies”, and that Kelsen thereby actually confirms “the Schmittian position that the normativity of the law lives on the normality of the political state and presupposes a minimum of social stability.”¹⁰² Indeed, due to this tautology it becomes difficult or almost impossible¹⁰³ for Kelsen to say something juridically meaningful about the abnormal and therefore non-legal ‘state of exception’; whereas for Schmitt this very state is just the proof of the primacy of the political and therefore

98 As the “value-philosophical foundation” of the Pure Theory of Law, cf. Verdross 1968, pp. 1306-1307.

99 “Peace need not mean justice, not even in the sense of a solidarity of interests”, see: Kelsen 2006a, p. 441.

100 Harris 1996, p. 108.

101 Carrino 1991, p. 86 and Herrera 2004, p. 28.

102 Piret 1996, pp. 11, 13 (my translation from Dutch).

103 Not *totally* impossible as Piret claims, see § 4 above on Kelsen’s interpretation of non-legal regime changes.

the beginning of a fruitful discussion on this polemic concept.¹⁰⁴ Yet, in this same tautology Kelsen would – I think – find a (re)confirmation of the old truth and thereby of his own, Kelsenian position,¹⁰⁵ saying that ‘though law cannot exist without power (or politics), right and might are not identical’. Law is namely, according to Kelsen’s Pure Theory of Law, a specific, to wit, *normative* order or organization of power, and we may now tacitly imply a *pacifying* order of power. Because of this implication considering the tacit ‘social peace’-condition I suggest that, in contrast with Schmitt’s decisionist ‘politics of law’ which is explicitly and highly polemical in view of his notorious ‘friend-enemy’-distinction, Kelsen’s normative ‘science of law’¹⁰⁶ may be (re)valuated as essentially pacifistic. Where, according to Schmitt, the political can only survive with a discernible enemy and an eventual ‘state of war’,¹⁰⁷ the law on the contrary, according to Kelsen, cannot exist without a minimal ‘state of peace’, but once this condition is met, law is just the continuation and promotion of peace with other (coercive/forceful) means.¹⁰⁸

104 For Schmitt’s concepts of the ‘state of exception’ and of ‘politics’ or ‘the political’, see: Schmitt 2005, chapter 1 and Schmitt 2007.

105 Which is essentially a middle position between the polemical view of ‘might makes right’ and the anarchical view of ‘law without power’, see: Ebenstein 1971, p. 627.

106 These characterizations are borrowed from: Dyzenhaus 1997, pp. 38-160.

107 Schmitt 2007, chapters 1-2.

108 As a variation on Clausewitz’s famous definition of war as “merely the continuation of policy by other means”, in: Clausewitz 2007, book I, chapter 1, section 24.

7. Samenvattende slotbeschouwing

7.1. Samenvatting en conclusies

Hans Kelsen staat in de wereld van de rechtsfilosofie en –theorie bekend als één van de belangrijkste rechtsgeleerden van de 20ste eeuw en zijn belangrijkste werk dat hem die bekendheid heeft opgeleverd, de *Reine Rechtslehre*, is dan ook ‘wereldberoemd’. Minder bekendheid geniet hij als juridisch pacifist en zijn voornaamste geschriften over recht en vrede, zoals *Peace through Law*, worden nauwelijks bestudeerd en amper in verband gebracht met zijn Zuivere Rechtsleer. Ook in de recentere Kelsen-studies over zijn democratietheorie, die meer bekendheid hebben gegeven aan Kelsen als pleitbezorger van democratie en die zijn politieke werk *Vom Wesen und Wert der Demokratie* zelfs in het licht hebben beschouwd van de Zuivere Rechtsleer, ontbreekt nagenoeg een systematische of kritische behandeling van de waarde van vrede, terwijl zowel Kelsens rechtsleer als zijn democratietheorie daartoe op zijn minst aanleiding geeft. Aangezien door anderen de relatie tussen de begrippen recht en democratie bij Kelsen reeds is gelegd, heb ik mij in dit proefschrift beperkt tot de bij hem nauw gerelateerde concepten van recht en vrede, alhoewel een driezijdige behandeling van Kelsens begrippenkader nog het meest recht zou doen aan zijn (rechts)filosofische denken. In dit proefschrift, bestaande uit de afzonderlijke in de voorafgaande hoofdstukken opgenomen verhandelingen, heb ik de betekenis van vrede in Kelsens rechtsfilosofie als volgt onderzocht.

In het eerste, inleidende hoofdstuk is het onderwerp van recht en vrede bij Kelsen geïntroduceerd en is het problematische verband tussen zijn ‘zuivere’ of ‘waarde-neutrale’ leer van het positieve recht enerzijds en zijn ‘onzuivere’ of ‘waardevolle’ beschouwing van de sociale vrede anderzijds aan de orde gesteld. Met het doel dit probleem op te lossen is een probleemstelling geformuleerd, namelijk de vraag of op basis van een kritische herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie kan worden geconcludeerd dat de betekenis van de Zuivere Rechtsleer juist daarin is gelegen dat zij begint en eindigt met vrede en, zo ja, wat deze pacifistische grond- en doelstelling van Kelsens rechtstheorie dan betekent voor de praktijk van het recht. Om deze vraag te beantwoorden en de schijnbare tegenstelling tussen Zuivere Rechtsleer en juridisch pacifisme op te heffen, is een alternatieve interpretatiemethode voorgesteld. Enigszins analoog aan de wijze waarop door anderen een alternatieve interpretatie is geboden van Wittgensteins *Tractatus Logico-Philosophicus*, die het mogelijk maakt de stilzwijgende

betekenis daarvan als ethisch te duiden, heb ik in dit onderzoek een uitleg van de Zuivere Rechtsleer ontwikkeld, die ons in staat stelt het daarin besloten liggende pacifisme te expliciteren en Kelsens rechtsfilosofie als pacifistisch te verklaren. De betekenis hiervan voor met name de (supra) nationale (straf)rechtspraak, heb ik geprobeerd nader uit te leggen.

In hoofdstuk 2 ben ik het onderzoek aangevangen met de idee van rechtvaardigheid, welk idee traditioneel wordt gerelateerd aan het begrip van recht en waar van oudsher menige rechtsfilosofie mee begint. Ook Kelsens rechtsfilosofie kan eerst worden begrepen, althans in negatieve zin, nadat zijn vernietigende maar allesbehalve nihilistische kritiek van die basisidee nauwkeurig is onderzocht. Een analyse van Kelsens relativistische benadering van het vraagstuk naar rechtvaardigheid, waarin die idee radicaal van gedaante moet verwisselen om een realiseerbare waarde van een maatschappelijke orde te worden, heeft mij bij twee vormen van rechtvaardigheid gebracht waar Kelsen een meest objectief respectievelijk minst subjectief karakter aan kan toekennen. Ofschoon alleen de meest objectieve (doch tautologische) vorm van formele rechtvaardigheid, de *rechtmatigheid*, immanent is aan het recht en op grond daarvan door de Zuivere Rechtsleer kan worden gekend en besproken, is toch gebleken dat Kelsen impliciet een meer dan persoonlijk belang hecht aan de minst subjectieve vorm van materiële rechtvaardigheid, de *sociale vrede*. In zijn wetenschappelijke zoektocht naar een oplossing van het rechtvaardigheidsprobleem, dat zich vooral voordoet ingeval van belangen- en waardenconflicten, beschouwt Kelsen de zins-metamorfose van (absolute) rechtvaardigheid naar (relatieve) vrede noodzakelijk om tot een zo objectief mogelijke oplossing van dergelijke conflicten te kunnen komen. Welnu, het is volgens Kelsen juist het positieve recht dat in staat blijkt een maatschappelijke orde te realiseren waarin op zijn minst de vrede tussen individuen wordt gegarandeerd door hun onvermijdelijke conflicten op vreedzame wijze te beslechten. En het instrument van rechtspraak, dat primair op vredige geschilbeslechting blijkt te zijn gericht, is volgens hem bij uitstek geschikt om dat doel van vreedzaam samenleven te bereiken.

In het derde hoofdstuk is het onderzoek naar de impliciet moreelpolitieke betekenis van de Zuivere Rechtsleer voortgezet, maar dan met bijzondere aandacht voor de rechtspraak. Op het eerste gezicht lijkt een dergelijk onderzoek strijdig te zijn met de 'zuiverheid' van Kelsens rechtstheorie, maar bij nadere beschouwing blijkt deze tegenstrijdigheid schijn te zijn vanwege de paradoxale werking die van de zuivere theorie zelf uitgaat. Immers, uit een analyse van drie *schijnbare tegenstellingen* van de Zuivere Rechtsleer – de paradoxale effecten van 1. het geformaliseerde

begrip van recht; 2. de gerelativeerde idee van rechtvaardigheid; en 3. de geobjectiveerde waarde van sociale vrede –, is een *kennelijke voorstelling* van Kelsens notie van rechterlijke rechtvaardigheid tevoorschijn gekomen. In zijn rechtsleer verschijnt de vredesrechtspraak, dat is in wezen elke op vredige conflictbeslechting gerichte rechtspleging, als toonbeeld van 'zuivere' (objectieve en onpartijdige) rechtspraak. Dit betekent dat elke (zich op vrede richtende) rechter die reeds door het doen van een uitspraak – dus zonder geweldgebruik – een einde maakt aan het geschil van partijen, deze uitspraak voor partijen bevredigender kan maken naarmate hij daarin blijk geeft te hebben geluisterd naar alle betrokken partijen (hoor en wederhoor) en hun belangen zo evenwichtig mogelijk tegen elkaar te hebben afgewogen. Alleen dan zullen partijen zich erkend voelen in hun gelijke aanspraak op behartiging van hun belangen en zich tevreden stellen met het relatief rechtvaardige oordeel. Sociale vrede toont zich hier dus als Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid, weliswaar niet als voldoende of noodzakelijke maar wel als *stilzwijgende voorwaarde* voor rechtvaardige rechtspleging. Of deze moreelpolitieke (voor)waarde ook ten grondslag ligt aan Kelsens begrip van de positieve rechtsorde als geheel, heb ik onderzocht in het zesde hoofdstuk.

In hoofdstuk 4 en 5 zijn eerst nog vervolgstappen gezet in het onderzoek naar Kelsens begrip van pacificerende rechtspraak, waarbij de aandacht is verplaatst naar zijn expliciet pacifistische werken op het terrein van het internationale (straf)recht. Het vierde hoofdstuk heeft zich daarbij beperkt tot Kelsens pleidooi van vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog voor het primaat van supranationale rechtspraak in de verzekering van de wereldvrede. Dat Kelsen het recht als een geschikt middel aanmerkt om het doel van die vrede te realiseren is – gezien de (rechts)filosofische traditie lopend van Hobbes tot Kant – niet zo heel vernieuwend, maar de primaire rol die Kelsen toekent aan de rechtspraak om de wereldvrede te garanderen is wel zeer origineel. Allereerst zijn de wereldbeschouwelijke (kennistheoretische en moreelpolitieke) grondslagen van Kelsens volkenrechtsleer geschetst, uit welke schets een impliciet – en soms zelfs expliciet – juridisch objectivisme en met name pacifisme zichtbaar is geworden. De rechtstheoretische en –praktische implicaties daarvan heb ik vervolgens uiteengezet door een analyse van Kelsens argumentatie voor het primaat van de rechtspraak binnen de internationale rechtsorde. In zijn pleidooi zijn drie hoofdargumenten onderscheiden die elk pleiten voor de supranationale rechter als hoeder van de internationale vrede: 1. evolutionair gaat de centralisatie van rechtsprekende organen vooraf aan die van uitvoerende en wetgevende organen; 2. juridisch-technisch heeft de

functie van rechtspraak voorrang boven die van wetgeving en uitvoering; en 3. moreel-politiek is het gezag van een objectief en onpartijdig orgaan groter dan dat van een politiek machtsorgaan. Ten slotte is het primaire belang van de supranationale rechtspraak nog eens benadrukt door Kelsens vergelijking met de pacificerende betekenis van de constitutionele rechter in een nationale rechtsorde, die daarin fungeert als hoeder van de politieke (en evt. democratische dan wel federale) vrede.

In het vijfde hoofdstuk is op het onderzoek naar Kelsens pacifistische beschouwingen over supranationale rechtspraak voortgebouwd, te weten op het gebied van het internationale strafrecht. De originaliteit van deze beschouwingen blijft immers niet beperkt tot zijn pleidooi voor het primaat van een internationaal gerechtshof in de verzekering van de wereldvrede, maar strekt zich mede uit tot zijn betoog dat de rechtsmacht van een dergelijk gerechtshof strafrechtelijk moet worden uitgebreid. Alvorens mij te hebben gericht op de pacificerende relevantie van deze jurisdictie-uitbreiding, heb ik onderzocht of en in hoeverre de Zuivere Rechtsleer in dienst kan staan van een praktisch-politieke toepassing daarvan. Vastgesteld kan worden dat de Zuivere Rechtsleer zich impliciet in dienst heeft gesteld van een pacifistische ontwikkeling van de wereldrechtsorde en daarmee in zekere zin minder 'zuiver' in de leer is dan zij zelf wil doen geloven, maar dat deze stilzwijgende dienstbaarheid aan en doelstelling van het pacifisme zeker niet afwijken van doch consequent voortvloeien uit de door diezelfde leer aangenomen universalistische en objectivistische uitgangspunten. Nu dan, het was volgens Kelsen – uitgaande van het doel van wereldvrede door middel van recht(spraak) – van belang dat in een na de Tweede Wereldoorlog te construeren wereldrechtsorde een op te richten internationaal gerechtshof niet alleen zou primeren boven een politiek machtsorgaan, maar ook zou beschikken over strafrechtelijke rechtsmacht. Aan de hand van de drie door Kelsen gestelde eisen waaraan een dergelijke constructie moet voldoen – te weten: 1. vestiging van individuele aansprakelijkheid; 2. onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige oorlog; en 3. universele en dwingende jurisdictie –, heb ik uitgelegd dat en waarom deze strafrechtelijke 'uitbouw' nodig is voor betere vredeshandhaving en dat het huidige vredes-'bouwwerk' daar niet geheel aan beantwoordt. Daarom is een voorstel tot renovatie van dit bouwwerk gedaan.

In hoofdstuk 6 ben ik ten slotte teruggekomen op de eerder opgeworpen vraag of de (voor)waarde van de sociale vrede niet impliciet het moreelpolitieke uitgangspunt vormt van Kelsens theoretische grondgedachten over het positieve recht. Mijn hypothese was dat Kelsen de 'sociale vrede' als *conditio tacita* voor de geldigheid van de positieve rechtsorde beschouwt, evenals

hij in de Zuivere Rechtsleer de ‘grondnorm’ als *conditio per quam* en de ‘effectiviteit’ als *conditio sine qua non* voor de geldige rechtsorde opvat. Allereerst is geschetst waarom Kelsen aan de ene kant een strikt onderscheid maakt tussen Zijn (feit en realiteit) en Behoren (norm en waarde) en aan de andere kant een noodzakelijke relatie legt tussen beide basiscategorieën. Uit deze schets is Kelsens grondgedachte van rechtsgeldigheid tevoorschijn gekomen die het mij mogelijk heeft gemaakt om de schijnbaar onoverbrugbare kloof tussen positieve rechtsorde en sociale realiteit te overspannen met de waarde van sociale vrede. De hiervoor genoemde hypothese heb ik vervolgens bewezen door aan te tonen dat Kelsens Zuivere Rechtsleer in de overige voorwaarden (grondnorm en effectiviteit) voor de geldigheid van de (min of meer gecentraliseerde en ontwikkelde) positieve rechtsorde de *conditio tacita* van sociale vrede vooronderstelt. Uit deze bewijsvoering concludeer ik dat de sociale vrede niet alleen de stilzwijgende voorwaarde voor rechtsgeldigheid is, maar ook de sociaal-ethische grondwaarde van het positieve recht. Deze implicatie of vooronderstelling van de waarde van vrede betekent dat de vermeende ‘waarde-neutrale’ Zuivere Rechtsleer – en dus ook haar ‘zuivere’ begrip van het recht – aan een grondige herwaardering toe is, in die zin dat zij als een pacifistische leer van het pacificerende recht kan worden begrepen.

7.2. Slotsom: recht en vrede

Ondanks het feit dat Hans Kelsen zijn leven lang als juridisch pacifist is opgekomen voor de vrede en voor zijn (internationaalrechtelijk) werk zelfs tot driemaal toe is genomineerd voor de Nobelprijs voor de Vrede¹ – uit welke nominaties de internationale waardering voor die inzet wel blijkt – is dit wezenlijke aspect van pacifisme en vrede van zijn rechtsfilosofische denken ondergewaardeerd, negatief bekritiseerd en/of onbegrepen gebleven. Dit proefschrift reikt een kritische herwaardering (van dit aspect) van Kelsens rechtsfilosofie aan, en probeert door middel van een alternatieve interpretatie het juridisch pacifisme juist als de (stilzwijgende) betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer te begrijpen. Daartoe is Kelsens pacifisme en begrip van vrede in de hiervoor samengevatte hoofdstukken geanalyseerd.

¹ In Notermans 2011a, voetnoot 7 (dit proefschrift, hfst. 4, voetnoot 26) had ik gesteld dat Kelsen *tweemaal* was genomineerd voor de Nobelprijs. Dit blijkt niet juist te zijn; hij werd hiervoor genomineerd in 1934, 1936 én 1960. Zie Olechowski 2014, p. 127.

Nu volgt een slotsom, waarin de probleemstelling wordt beantwoord en het onderzoek wordt afgerond.

Volgens de in de inleiding van dit proefschrift aangehaalde opvatting van Fuller, die hij deelt met Hall, behoort de rechtsfilosofie uit te gaan van of te beginnen met rechtvaardigheid. Ook de betekenis van Kelsens rechtstheorie kan volgens Fuller pas echt worden begrepen indien we zijn negatie van rechtvaardigheid zorgvuldig hebben onderzocht. Deze laatste opvatting deel ik, althans als het gaat om de betekenis van de Zuivere Rechtsleer in negatieve zin, maar niet als het gaat om haar positieve betekenis. Haar hele negatieve zin zou ongeveer in deze woorden à la Wittgensteins *Tractatus*² kunnen worden uitgedrukt: Wat over de ethische waarde van het positieve recht gezegd kan worden, kan niet meer dan in relatieve zin worden gezegd; en van absolute rechtvaardigheid, waarover niet kan worden gesproken, moet men zwijgen. De Zuivere Rechtsleer heeft evenwel ook een positieve, ethische betekenis.

Het moeilijke is dat de Zuivere Rechtsleer deze zin niet expliciet onder woorden brengt, omdat zij zich uitdrukkelijk typeert als 'zuivere' kennisleer van het positieve recht en zich wil onthouden van welke ethische waardering van het positieve recht dan ook. Bij een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie moet het dus aankomen op een explicitering van de relativistische ethiek, die in zijn zuiver theoretische werken wel degelijk besloten ligt, en op een lezing van deze werken in samenhang met zijn expliciet pacifistische werken, welke verschillende werken namelijk facetten zijn van één en dezelfde relativistische wereldbeschouwing. Welnu, deze door mij verrichtte explicitering en samenhangende lezing maken duidelijk dat de Zuivere Rechtsleer – enigszins in weerwil van haar methodologische 'zuiverheid' – zich in minder zichtbare doch onmiskenbaar aanwezige bewoordingen uitspreekt voor de ethische waarde van relatieve vrede, waarvan zij bovendien zegt dat deze waarde – anders dan absolute rechtvaardigheid – door het positieve recht kan worden gerealiseerd en bevorderd. Deze voorkeur voor de waarde van vrede, die bij Kelsen in de plaats komt van de waarde van rechtvaardigheid, is dé sleutel voor een beter begrip van de Zuivere Rechtsleer.

Dat het in de Zuivere Rechtsleer niet blijft bij een 'eenvoudige' doch waarde bepalende voorkeur voor vrede, maar dat het haar hele positieve zin bepaalt, moet mijns inziens leiden tot de conclusie dat vrede hét ethische begin (grondstelling) en einde (doelstelling) van Kelsens rechtsfilosofie betekent. Of de lijn van deze conclusie, die ik hierna nog nader zal uitwerken

2 Vgl. Wittgenstein 1961, voorwoord.

en nuanceren, kan worden doorgetrokken tot de (positivistische) rechtsfilosofie in het algemeen – ‘dat (positivistische) rechtsfilosofie behoort uit te gaan van vrede’ – zou verder onderzoek moeten uitwijzen. Dat dit echter geen volstrekt onzinnige hypothese vormt, moge reeds blijken uit de volgende opzettelijk dramatisch aangezette maar direct weer genuanceerde woorden van Ricoeur, waarin naar mijn mening beslist een kern van waarheid schuilt:

(...) I propose saying that *war* is the insistent theme of political philosophy and *peace* that of the philosophy of law.(...) Of course, I do not want to be misled by the rhetorical dramatization that opposes the political problematic of war to the juridical one of peace. Thus, allow me to suggest in a more careful manner the idea of the intersecting priorities of these two problematics: is peace not also the ultimate horizon of politics thought of as cosmopolitic? And is not injustice, hence finally violence, also the initial situation that law seeks to transcend, without ever fully succeeding?³

Hoewel Ricoeurs ‘voorstel’ dus niet te letterlijk/zwaar moet worden opgevat en de ‘tegenstelling’ tussen politieke filosofie en rechtsfilosofie misschien niet zó streng is, brengt het in ieder geval wat Kelsens ‘zuivere’ rechtsfilosofie betreft wel precies in beeld van welke grondwaarde zij uitgaat, aan welk doeleinde ze vasthoudt en tegen welke ‘onzuivere’ politieke (of gepolitiseerde) filosofie (van het recht) ze zich te weer stelt. Wat dit laatste betreft moet dan uiteraard meteen worden gedacht aan haar toenmalige tegenhanger: Schmitts politieke (rechts)filosofie, volgens welke de voorwaarde – “de permanent aanwezige *vooronderstelling*” – voor het begrip en de betekenis van de politiek ligt in de fundamentele (specifiek politieke) onderscheiding van vriend en vijand en in de daarbij behorende uiterste doch reële mogelijkheid van oorlog.⁴ De pacifistische grond- en doelstelling van Kelsens Zuivere Rechtsleer staan hier dus diametraal tegenover, maar deze rechtsfilosofie is dan ook een ‘zuivere’ theorie van het positieve recht: rechtswetenschap dus, geen rechtspolitiek. In welke zin en mate betekent vrede nu dé ethische grond- en doelstelling van Kelsens rechtsfilosofie?

Allereerst moet de conclusie dat vrede de *grondstelling* is van Kelsens Zuivere Rechtsleer, in de zin dat zij impliciet bij het concept en de zin van het recht steeds uitgaat van deze sociaal-ethische grond(voor)waarde, minder

3 Ricoeur 2000, pp. ix-x.

4 Schmitt 2006, pp. 62-71.

absoluut worden gemaakt. Ten eerste, ten aanzien van de vooronderstelde *waarde* van de rechtsvrede, want deze is en blijft relatief. Niet alleen ten opzichte van andere waarden – de vrede van het recht houdt niet de absoluut rechtvaardige oplossing doch wel de beëindiging van geweld in –, maar ook ten opzichte van zichzelf – de vrede van het recht heeft niet de absolute afwezigheid doch wel de monopolisering van geweld tot gevolg. Kelsens pacifistische rechtsfilosofie postuleert dan ook allesbehalve een geweldloze of ‘politiek loze’ orde, zoals het utopisch anarchisme doet en waartegen ook Schmitt als volgt waarschuwt:

Een wereld waarin de mogelijkheid van een dergelijke strijd totaal geëlimineerd en verdwenen is, een definitief gepacificeerde aarde, zou een wereld zijn zonder de onderscheiding tussen vriend en vijand, en dus een wereld zonder politiek.⁵

Echter, waar bij Schmitt de politiek (of macht) primeert boven het recht en voor de begripsbepaling van de politiek juist het voortbestaan van de uitzondering van de strijd (oorlog) maatgevend is, daar is bij Kelsen het recht een (specifiek normatieve) orde van de macht (of politiek) en is voor de definitie van het recht normbepalend dat het door middel van geweld of dwang de mogelijkheid van de strijd (oorlog) juist tot een uitzondering kan terugbrengen.

Ook al vloeit hieruit Kelsens op vrede gerichte definitie van het recht voort: “The law is an order of coercion and, as a coercive order – according to its evolution – an order of security, that is, of peace”,⁶ dan nog is de aangenomen *waarheid* van de grondstelling – gelet op de latere visie van de Zuivere Rechtsleer⁷ – niet in overeenstemming met elke positieve rechtsorde. Dat is de tweede relativering van voornoemde conclusie, want ofschoon kan worden gezegd dat de ontwikkeling van het recht zich langzaam maar zeker voortbeweegt in de richting van een staat van vrede, heeft het recht deze staat nog (lang) niet in elke positieve rechtsorde gerealiseerd en kan de pacificatie van de rechtsorde dus niet worden beschouwd als de aan alle positieve rechtsordes gemeenschappelijke grondwaarde.

Hier moet daarom een onderscheiding worden aangebracht in de fases van ontwikkeling van positieve rechtsordes: 1. de laag(st) ontwikkelde (primitieve) rechtsorde, waarin het geweldsmonopolie volledig is

5 *Ibid.*, p. 69.

6 Kelsen 1967, p. 38.

7 *Ibid.*, pp. 38-39. Zie ook Notermans 2015, pp. 223-224 (dit proefschrift, hfst. 6, pp. 175-176).

gedecentraliseerd en eigenrichting nog de overhand heeft; 2. de min of meer ontwikkelde rechtsorde, waarin het geweldsmonopolie een minimum aan centralisatie heeft bereikt en eigenrichting ten minste in beginsel is verboden; en 3. de hoog(st) ontwikkelde rechtsorde (de moderne (rechts) staat), waarin rechterlijke organen dwingende rechtsmacht hebben en uitvoerende organen zo effectief zijn dat verzet (geweld) daartegen vruchteloos is. In de eerste fase van ontwikkeling, waarin zich volgens Kelsen ook de internationale rechtsorde bevindt, kan de rechtsorde geen vrede maar slechts de laagste mate van collectieve veiligheid garanderen door voor te schrijven onder welke voorwaarden en door welke organen geweld behoort te worden gebruikt. Alleen in de daaropvolgende fases van ontwikkeling, die pas kunnen worden ingezet als op zijn minst de vraag of het recht is geschonden en wie daarvoor verantwoordelijk is, niet meer wordt beantwoord door de betrokken partijen zelf maar door een onafhankelijk rechterlijk orgaan, kan de rechtsorde een zodanige mate van collectieve veiligheid garanderen dat de rechtsorde ook daadwerkelijk kan worden gepacificeerd.

Gelet op deze in de latere visie van de Zuivere Rechtsleer aangebrachte onderscheiding, kan zij er dus niet langer van uitgaan dat de staat van recht noodzakelijk een staat van vrede betekent en dat het verzekeren van de vrede een wezenlijke functie is van het recht. Aangezien ik deze onderscheiding in het begin van mijn onderzoek niet geheel had ingezien, kwam ik in mijn eerst gepubliceerde artikel⁸ (opgenomen in hoofdstuk 3) nog tot het inzicht dat als sociale vrede inherent is aan elke positieve rechtsorde, de begrippen recht en vrede bij Kelsen een (waardevolle) tautologie vormen. Door voortschrijdend inzicht ben ik de onderscheiding beter gaan begrijpen, heb ik mijn oordeel gewijzigd in een later gepubliceerd artikel⁹ (opgenomen in hoofdstuk 2) en kom ik nu tot de slotsom dat de stelling, die aan de Zuivere Rechtsleer ten grondslag ligt, 'dat het recht een orde van vrede is' weliswaar niet onder alle omstandigheden waar is, maar wel onder de omstandigheid dat de rechtsorde een zekere mate van ontwikkeling (centralisatie en effectiviteit) heeft bereikt. Dat met betrekking tot de moderne (rechts)staat in zekere zin sprake is van een tautologie, heeft ook Schmitt blijkbaar ingezien:

De functie van een normale staat bestaat (...) primair in het tot stand brengen van een complete pacificatie *binnen* de staat en zijn grondgebied,

8 Zie Notermans 2008, pp. 66-67 (dit proefschrift, hfst. 3, pp. 70-71).

9 Zie Notermans 2011b, pp. 103-104 (dit proefschrift, hfst. 2, pp. 49-51).

‘rust, orde en veiligheid’ te vestigen en daardoor de *normale* toestand te scheppen, die de voorwaarde is dat rechtsnormen überhaupt van kracht zijn, aangezien elke norm een normale situatie veronderstelt en een norm nooit enige gelding kan hebben in een toestand die volledig met de strekking van die norm in strijd is.¹⁰

Anders dan in Schmitts politieke (rechts)filosofie, waarvoor deze tautologie uiteindelijk niet maatgevend is en volgens welke toch permanent moet worden uitgegaan van het ‘uiterste conflictgeval’, de *uitzonderlijke* toestand van strijd (oorlog) die de regel (norm) bevestigt, is en blijft voor Kelsens Zuivere Rechtsleer juist die *normale* toestand van orde (vrede) wel normbepalend en is het tenslotte die toestand die het recht (norm) geldig houdt.

Voorts moet in de conclusie dat vrede de *doelstelling* is van Kelsens Zuivere Rechtsleer, in de zin dat zij zich impliciet (wereld)vrede door recht(spraak) ten doel stelt en daarom als een pacifistische rechtsleer kan worden begrepen, een nuancering worden aangebracht. Hier dient immers onderscheid te worden gemaakt tussen de ‘filosofie’ die Kelsens leer expliciet bevat – het zuiver rechtspositivisme: de kritiek van het probleem van absolute rechtvaardigheid, het geformaliseerde waarde-neutrale begrip van het recht en de kennistheoretische gelijkwaardigheid van de tegengestelde grondslagen van het volkenrecht – enerzijds, en de ‘wereldbeschouwing’ die hij daarin impliciet uiteenzet – het juridisch pacifisme: de waarde van vrede als relatieve oplossing van voornoemd probleem, recht(spraak) als formeel en onzijdig middel ter vreedzame beslechting van belangen- en waarden-conflicten en de moreelpolitieke rechtvaardiging van het objectivistisch primaat van het internationale recht – anderzijds. Zijn filosofie richt zich op de begrenzing van de theoretische-rationele kennis van het wezen en de waarde van het recht, welke slechts in relatieve zin kan worden uitgedrukt. Zijn wereldbeschouwing reikt een praktische-redelijke oplossing aan voor en bescherming tegen elke mogelijke (gewelddadige) overschrijding van die grens, te weten: een rechtsorde die het ideaal van absolute rechtvaardigheid, waarvoor menig individu en staat bereid is een gewelddadige strijd te voeren, heeft vervangen door het ideaal van relatieve vrede, waardoor het vreedzaam naast elkaar bestaan van individuen en staten mogelijk wordt gemaakt.

Ofschoon Kelsens filosofie en wereldbeschouwing dus corresponderen met elkaar en het zuiver rechtspositivisme en juridisch pacifisme niet elkaars

10 Schmitt 2006, p. 79. Zie ook Notermans 2015, pp. 226-227 (dit proefschrift, hfst. 6, pp. 178-179).

tegengestelde zijn doch hetzelfde waarderelativisme vooronderstellen,¹¹ welk relativisme voortdurend terugkomt in zijn gezamenlijke werk, moet niettemin worden onderscheiden tussen zijn rechtswetenschappelijke en rechtspolitieke werk. In eerstbedoelde werk houdt Kelsen – ondanks de daarin voorkomende zinspelingen op het ideaal van vrede – in hoge mate vast aan de methodologische ‘zuiverheid’ van zijn leer en houdt hij zijn rechtstheoretische inzichten zoveel mogelijk gescheiden van zijn juridisch pacifistische beschouwingen, zonder evenwel na te laten de Zuivere Rechtsleer – binnen de grenzen van het wetenschappelijke – in dienst te stellen van een pacifistische ontwikkeling van de wereldrechtsorde. Waar de grens van de op kennis gerichte theorie eindigt, daar begint echter de ruimte van het praktische handelen. In laatstbedoelde werk kan Kelsen het daarom niet nalaten, hetgeen hij op niet aflatende wijze heeft gedaan, om zijn theoretische inzichten toe te passen op de praktijk en de weg in te slaan die de Zuivere Rechtsleer voor hem – en alle andere pacifisten (!) – heeft (voor)bereid, een weg die de wereldrechtsorde (tot het einde toe) moet volgen, wil deze – net als binnen de nationale rechtsorde – een staat van recht realiseren die gelijk is aan een staat van vrede.

De Zuivere Rechtsleer dwingt er niet toe deze objectivistisch-pacifistische weg te bewandelen. Men kan er dus ook voor kiezen het subjectivistisch-imperialistische pad op te gaan. Kelsen heeft er echter met nadruk op gewezen dat dit pad uiteindelijk leidt tot een negatie van het recht en daarmee tot een affirmatie van louter macht (of politiek). Het onderscheid tussen Kelsens filosofie en de daarin geïmpliceerde wereldbeschouwing en tussen zijn rechtswetenschappelijke werk en het daaruit voortvloeiende rechtspolitieke werk, in acht nemend, kan mijns inziens worden geconcludeerd dat niet alleen de in dienst van de vrede tredende Kelsen – de rechtspoliticus – kan worden betiteld als ‘pacifist’,¹² maar dat ook de Zuivere Rechtsleer als ‘pacifistisch’ kan worden gekwalificeerd, voor zover zij zich dienstbaar maakt de ‘zuivere’ weg te tonen om het einddoel van vrede te bereiken. In zoverre is pacifisme meer dan de enkel bij de persoon Kelsen behorende relativistische opvatting over de wereld, het is dé bij de Zuivere Rechtsleer (‘in ruimere zin’) passende wereldbeschouwing.¹³

Ten slotte heb ik in dit proefschrift, bij de beantwoording van de probleemstelling voor zover deze vraagt naar de betekenis van Kelsens juridisch

11 Vgl. Bernstorff 2010, pp. 188-190.

12 Zie Olechowski 2014.

13 Dreier 1990, pp. 298-299 komt tot een vergelijkbare conclusie maar dan m.b.t. Kelsens democratietheorie.

pacifisme voor de rechtspraktijk, aandacht besteed aan zijn beschouwingen over de rechtspraak in het algemeen en de supranationale (straf)rechtspraak in het bijzonder. Ook wat deze betekenis betreft, brengt de volgende opvatting van Ricoeur over de rechtspraak precies de maatschappelijke waarde onder woorden die Kelsen daaraan heeft toegekend:

If, in fact, conflict, and therefore, in some sense, violence, remains the occasion for judicial intervention, this can be defined by the set of means by which the conflict is raised to the rank of a trial process, this latter being in turn centered on a debate in words, whose initial incertitude is finally decided by a speech act that says what the law is and how it applies. Therefore there exists a place within society – however violent society may remain owing to its origin or custom – where words do win out over violence.¹⁴

Naar de opvatting van Ricoeur is de rechterlijke uitspraak op korte termijn gericht op de beslechting van een conflict – een einde maken aan de rechtsonzekerheid –, terwijl de langere termijn finaliteit van deze beslissing bestaat in haar bijdrage aan meer dan enkel zekerheid of veiligheid, namelijk aan wat ook hij noemt ‘sociale vrede’ – een vorm van wederzijdse erkenning.¹⁵ Deze door Ricoeur aangebrachte onderscheiding in de finaliteit van rechtspraak drukt naar mijn mening exact het trapsgewijze belang uit dat de rechtspraak heeft in de door Kelsen onderscheiden ontwikkelingsfasen van positieve rechtsordes.

Om zich te kunnen ontwikkelen van het lage niveau naar een hoger niveau van rechtsorde en navenante collectieve veiligheid, is het in de eerste plaats van belang dat de positieve rechtsorde over centrale rechterlijke organen beschikt die bij uitsluiting bevoegd zijn tot het vaststellen van een ‘delict’ – onrechtmatig geweld (misdaad of oorlog) – en tot het bevelen van een ‘sanctie’ – rechtmatig geweld (straf of oorlog) – tegen de ‘delinquent’ (individu of staat). Het is daarom volgens Kelsen belangrijk dat in de primitieve internationale rechtsorde een internationaal gerechtshof wordt gevestigd waar alle geweldsconflicten – te beginnen met oorlog – tussen staten worden onttrokken aan hun eigen subjectieve gezag en worden onderworpen aan een objectief en onpartijdig gerechtelijk proces, waarin deze conflicten door een dwingende uitspraak over de eventuele onrechtmatigheid van het geweld en de te treffen sanctie tegen de aansprakelijk gestelde staat kunnen worden beëindigd. Een nadere stap in deze ontwikkeling van

14 Ricoeur 2000, p. ix.

15 Idem, p. x. en nader: pp. 127-132.

de internationale rechtsorde op weg naar effectieve pacificatie vormt de uitbreiding van de bevoegdheid van het internationaal gerechtshof met internationaal strafrechtelijke jurisdictie, zodat de vreedzamer rechtstechniek van individuele bestraffing het uiteindelijk wint van de gewelddadiger techniek van collectieve vergelding.

Om dit hoger niveau van rechtsorde en collectieve veiligheid – waarvoor de voorwaarde dus wordt geschapen door de rechtszekerheid biedende rechtspraak, onder welke voorwaarde de verdere pacificatie van de rechtsorde kan plaatsvinden – te handhaven en te bevorderen, is het in de tweede plaats van belang dat de positieve rechtsorde de sociale vrede tussen individuen en collectiviteiten realiseert door in meer of mindere mate een compromis tussen hun respectievelijke belangenconflicten tot stand te brengen. Het is derhalve van grote betekenis dat in de moderne (rechts) staat een rechterlijke uitspraak wordt gedaan waar alle betrokken partijen zich op zijn minst in kunnen schikken en op zijn best vrede mee kunnen hebben, waardoor zowel de winnende als verliezende partij zich evenzeer erkend voelt in haar aanspraak op belangenbehartiging ook al wordt geen van beide kanten daarin volledig bevredigd. De laatste stap in deze ontwikkeling van de moderne (democratische) rechtstaat naar optimale pacificatie vormt volgens Kelsen het toevertrouwen van de bevoegdheid van grondwettelijke bescherming aan een constitutioneel hof, zodat de gepolitiseerde rechtsstrijd (tussen minderheden en meerderheid) om grondwettelijke aanspraken wordt gevoerd via een objectief en onpartijdig gerecht dat de strijd op ‘zuiver’ juridische wijze kan beslechten.

Of de lijn van deze geleidelijke ontwikkeling, die ik in dit proefschrift wel eens heb aangestipt maar niet nader heb onderzocht, kan worden doorgetrokken tot de wereldrechtsorde in haar geheel – ‘dat het wereldrecht zich moet vormen tot een (democratische) wereldstaat’ – zal verder onderzoek en de toekomst moeten uitwijzen. Dat deze zich reeds op kleinere internationale schaal aan het voltrekken is, blijkt uit bijvoorbeeld de vorming van het recht van de Europese Unie of de Raad van Europa dat inmiddels democratische, constitutionele en zelfs statelijke trekken begint te vertonen, waarbij bovendien een belangrijke rol is toebedeeld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie respectievelijk het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. En dat deze rechtsontwikkeling in ieder geval bevorderlijk is geweest voor de vrede in Europa mag worden afgeleid uit het feit dat we al 70 jaar geen oorlog meer hebben meegemaakt,¹⁶ hetgeen we door de

16 Zoals bekend, is de Europese Unie voor haar bijdrage aan de bevordering van de vrede in Europa in 2012 de Nobelprijs voor de Vrede toegekend.

overige (economische, financiële en politieke) problemen binnen Europa soms dreigen te vergeten dan wel als zo vanzelfsprekend ervaren dat we deze meerwaarde van de Europese rechtsorde niet meer inzien. Hetzelfde geldt – en misschien wel in sterkere mate – voor onze nationale rechtsorde, waarin we de waarde van vrede vaak niet meer dan als een feit of realiteit beschouwen, terwijl het toch een primair ideaal betreft dat nooit volledig of in absolute zin kan worden gerealiseerd.

Of we de ontwikkeling van onze moderne rechtsstaat en de huidige evolutie van de Europese rechtsorde volledig kunnen extrapoleren naar de toekomst van de wereldrechtsorde, valt nog te bezien. Dat ook op die grotere schaal kleine stappen zijn gezet in de goede richting, bewijst bijvoorbeeld de vorming van het recht van de Verenigde Naties dat echter nog lang niet voornoemde trekken draagt van een wereldstaat, waarbij ook nog een ondergeschikte rol is gegeven aan het Internationaal Gerechtshof ten opzichte van de Veiligheidsraad. En dat juist deze overheersing van een machtspolitiek orgaan op een rechterlijk orgaan niet gunstig is geweest voor de vrede in de wereld is – mijns inziens – een overtuigende conclusie die kan worden getrokken uit het werk van Kelsen en uit de vele niet-gesancioneerde schendingen van het in art. 2 lid 4 VN-Handvest neergelegde geweldverbod sinds de oprichting van de Verenigde Naties in 1945. Dezelfde ‘fatale constructiefout’ – de dominantie van een uitvoerend orgaan boven een rechterlijk orgaan binnen het wereldvredebouwwerk – gold overigens ook al voor de voorloper van de Verenigde Naties, de Volkenbond, waarvoor Kelsen destijds voorstellen heeft gedaan om deze fout te repareren. Door deze reparatievoorstellen opnieuw onder de aandacht te brengen en toe te passen op het huidige gebrekkige VN-bouwwerk, hoopt dit proefschrift een bescheiden bijdrage te leveren aan de bevordering van de vrede in de wereld. Of een wereldstaat nu haalbaar en wenselijk is of niet, de wereldvrede zal evenmin deels of in relatieve zin worden behaald zonder de eerste noodzakelijke stap te zetten.

Bovenal hoop ik met dit proefschrift bij te dragen aan een herwaardering van Kelsens positivistische rechtsfilosofie door te tonen dat men het ondergewaardeerde doch wezenlijke aspect van zijn juridisch pacifisme als de (stilzwijgende, ethische) betekenis van de Zuivere Rechtsleer kan begrijpen. De concepten recht en vrede zijn bij Kelsen zo sterk gerelateerd dat men het ene concept niet geheel kan begrijpen zonder het andere, waarbij ik er nogmaals op wil wijzen dat men een nog betekenisvoller begrip van zijn denken over recht en vrede bereikt wanneer men ook zijn concept van democratie – die de politieke vrede in de samenleving kan waarborgen – bij het geheel betreft. Hoewel ik er door lezing van Kelsens

werk van overtuigd ben dat vrede dé stilzwijgende grond(voor)waarde is voor de rechtsgeldige en relatief rechtvaardige rechtsorde, ken ik er toch ook geen te hoge waarde aan toe. De waarde van vrede die het positieve recht kan realiseren is slechts een vanzelfsprekende doch geen noodzakelijke of voldoende voorwaarde voor een dergelijke rechtsorde. Dat dit ook voor de hoog ontwikkelde rechtsstaat geldt, is bekend, maar laat Kafka in *Het Proces* op indringende wijze zien wanneer hoofdpersoon Josef K. op een morgen door overheidsdienaren wordt gearresteerd:

K. leefde toch in een rechtsstaat, overal heerste vrede, alle wetten werden gehandhaafd, wie durfde hem in zijn woning te overvallen?¹⁷

Of, om in de stijl van Wittgenstein af te sluiten: de Zuivere Rechtsleer toont hoe weinig er in ethische zin is verricht door het ‘zuiver’ juridische probleem van vrede op te lossen.¹⁸

¹⁷ Kafka 1983, p. 13.

¹⁸ Vgl. Wittgenstein 1961, voorwoord.

Summary

Law and peace in the work of Hans Kelsen

A re-evaluation of Kelsen's legal philosophy: legal pacifism as tacit meaning of his Pure Theory of Law

Hans Kelsen is renowned in the world of legal philosophy and theory as one of the most important legal scholars of the 20th century and his most important work which brought him this renown, *Pure Theory of Law* (*Reine Rechtslehre*), is therefore 'world famous'. However, he is less well known as a legal pacifist and his main writings on law and peace, such as *Peace through Law*, are very rarely studied and almost never considered in relation to his Pure Theory of Law. Even the more recent studies of Kelsen's theory of democracy, which increased familiarity with Kelsen as an advocate of democracy and actually looked at his political work *Vom Wesen und Wert der Demokratie* in the light of the Pure Theory of Law, contain almost no systematic or critical consideration of the value of peace, although both Kelsen's legal theory and his theory of democracy at least give cause for this. Since others have already made the connection between the concepts of law and democracy in Kelsen's work, in this thesis I have restricted myself to the concepts – also closely connected in his work – of law and peace, even though a three-way treatment of Kelsen's conceptual framework would have done most justice to his (legal) philosophical thinking. In this thesis, consisting of the discussions presented separately in the foregoing chapters, I researched the meaning of peace in Kelsen's legal philosophy as follows.

In the first, introductory chapter, I introduced the subject of law and peace in the work of Kelsen, and raised the problematic connection between his 'pure' or 'value-neutral' theory of positive law on the one hand, and his 'impure' or 'value-laden' view of social peace on the other. With the aim of resolving this problem, a problem statement was formulated, namely the question of whether, on the basis of a critical re-evaluation of Kelsen's legal philosophy, it can be concluded that the meaning of the Pure Theory of Law is essentially that it begins and ends with peace and, if so, what this pacifist basic principle and ultimate aim of Kelsen's legal theory then entails for the practice of law. In order to answer this question, and to resolve the seeming contradiction between Pure Theory of Law and legal pacifism, an alternative method of interpretation is proposed. In a manner somewhat analogous to that in which others have offered an alternative interpretation

of Wittgenstein's *Tractatus Logico-Philosophicus*, allowing its tacit meaning to be construed as ethical, in this research I developed an explanation of the Pure Theory of Law that enables us to make explicit its inherent pacifism, and to interpret Kelsen's legal philosophy as pacifist. I then attempted to further explain the significance of this for, in particular, (supra)national (criminal) adjudication.

In chapter 2, I started the research with the idea of justice, an idea that by tradition is related to the concept of law and where much legal philosophy has begun. Kelsen's legal philosophy too can only be understood, at least in a negative sense, after his destructive but far from nihilistic criticism of this basic idea has been closely examined. An analysis of Kelsen's relativistic approach to the question of justice, in which that idea must be radically transformed before it can become an attainable value of a social order, led me to two kinds of justice that Kelsen can characterize as most objective or least subjective. Although only the most objective (yet tautological) kind of formal justice, *legality*, is immanent to the law and can therefore be known and discussed by the Pure Theory of Law, it appeared that Kelsen implicitly attaches a more than personal importance to the least subjective kind of material justice, *social peace*. In his scientific search for a solution to the problem of justice, which mainly arises when there are conflicts of interests and values, Kelsen regards the metamorphosis of meaning from (absolute) justice to (relative) peace as essential for finding the most objective possible solution to such conflicts. Now, according to Kelsen, it turns out that positive law is able to achieve a social order that at least guarantees peace between individuals through peaceful resolution of their inevitable conflicts. And he sees the instrument of adjudication, aimed primarily at peaceful dispute resolution, as ideal for achieving that goal of peaceful coexistence.

In the third chapter, the research on the implicit moral-political meaning of the Pure Theory of Law continued, but now with particular attention to adjudication. At first sight, such research seems contradictory to the 'pureness' of Kelsen's legal theory, but on closer consideration this contradiction turns out to be only an appearance due to the paradoxical effect that is created by the pure theory itself. After all, from an analysis of three *seeming contradictions* of the Pure Theory of Law – the paradoxical effects of 1. the formalized concept of law; 2. the relativized idea of justice; and 3. the objectified value of social peace – there emerged a *clear representation* of Kelsen's notion of judicial justice. In his legal theory, pacifying jurisprudence, which is essentially every legal judgment aimed at peaceful conflict resolution, can be understood as a paragon of 'pure' (objective and impartial) administration of justice. This means that every judge (with peace as his aim) who

simply by giving a judgment – i.e. without use of force – puts an end to the dispute between the parties, can make this judgment all the more satisfactory for those parties by demonstrating that he has listened to all the parties concerned (*audi alteram partem*) and has weighed their interests as fairly as possible. Only then will the parties feel that the equal value of their interests has been recognized, and be satisfied with the relatively just judgment. Social peace is therefore seen here as a Kelsenian representation of judicial justice, albeit not as a sufficient or necessary condition for a just administration of law, but nevertheless as a *tacit condition*. Whether this moral-political condition and value also form the basis for Kelsen's concept of the positive legal order as a whole was the subject of my research in the sixth chapter.

Before that, in chapters 4 and 5, I proceeded further with the research on Kelsen's concept of pacifying jurisprudence, now shifting the attention to his explicitly pacifist works in the area of international (criminal) law. The fourth chapter was restricted to Kelsen's plea made before and during the Second World War for the primacy of supranational adjudication in securing world peace. That Kelsen considered law to be a suitable means for achieving the aim of this peace is not – given the (legal) philosophical tradition running from Hobbes to Kant – so very innovative, but the primary role that Kelsen ascribes to adjudication in guaranteeing world peace is indeed highly original. First, the philosophical (epistemological and moral-political) foundations of Kelsen's theory of international law were sketched, and from this sketch an implicit – and sometimes even explicit – legal objectivism and especially pacifism became visible. I then examined the implications of this for legal theory and practice by analyzing Kelsen's argumentation for the primacy of adjudication within the international legal order. In his plea, three main arguments were distinguished, each of them calling for a supranational judge as the guardian of international peace: 1. in evolutionary terms, the centralization of judicial organs precedes that of executive and legislative organs; 2. in legal-technical terms, the judicial function has precedence over the legislative and executive functions; and 3. in moral-political terms, the authority of an objective and impartial organ is greater than that of an organ of political power. Finally, the primary importance of supranational adjudication is again emphasized by Kelsen's comparison to the pacifying significance of the constitutional judge in a national legal order, who functions there as the guardian of the political (and possibly also democratic or federal) peace.

The fifth chapter continued to build on the research into Kelsen's pacifist views on supranational adjudication, namely in the area of international

criminal law. The originality of these views is not, after all, limited to his plea for the primacy of an international court in securing world peace, but also extends to his argument that the jurisdiction of such a court should be expanded to include criminal law. Before focusing on the pacifying relevance of this expanded jurisdiction, I researched whether and to what extent the Pure Theory of Law can facilitate in its practical-political application. It can be said that the Pure Theory of Law in fact implicitly facilitated in a pacifist development of the world legal order, and hence in a certain sense is less 'pure' in its theory than it wishes to appear, but this tacit facilitation with and aim of pacifism certainly do not diverge from, but consistently follow from the universalist and objectivist principles assumed by this same theory. Now, Kelsen took the view – based on the aim of world peace through law and adjudication – that it was important that in a world legal order to be constructed after the Second World War, a future international court would not only have primacy over an organ of political power, but would also have criminal jurisdiction. On the basis of Kelsen's three requirements with which such a construction must comply – namely: 1. establishment of individual responsibility; 2. distinction between illegal and legal war; and 3. universal and obligatory jurisdiction – I explained, with reasons, that this 'extension' into criminal law is needed for a better maintenance of peace, and that the current peace 'construction' is not entirely satisfactory. A proposal was therefore made that this construction should be renovated.

Finally, in chapter 6, I returned to the question raised earlier about whether the condition and value of social peace do not implicitly form the moral-political starting point of Kelsen's basic theoretical ideas on positive law. My hypothesis was that Kelsen considers 'social peace' to be a *conditio tacita* for the validity of the positive legal order, just as in the Pure Theory of Law he regards the 'basic norm' as a *conditio per quam* and 'effectiveness' as a *conditio sine qua non* for the validity of the legal order. First, I outlined why Kelsen on the one hand makes a strict distinction between Is (fact and reality) and Ought (norm and value) and on the other hand sees a necessary relation between these two basic categories. From this outline emerged Kelsen's basic idea of legal validity, which enabled me to bridge the seemingly unbridgeable gap between positive legal order and social reality with the value of social peace. I then confirmed the aforesaid hypothesis by demonstrating that in the other conditions (basic norm and effectiveness) for the validity of the (to a greater or lesser extent centralized and developed) positive legal order, Kelsen's Pure Theory of Law assumes the *conditio tacita* of social peace. From this evidence, I conclude that social peace is not only the tacit *condition* for legal validity, but also the social-ethical basic *value*

of positive law. This implication or assumption of the value of peace means that the presumed 'value-neutral' Pure Theory of Law – and hence also its 'pure' concept of law – is in need of a thorough re-evaluation, in the sense that it can be understood as a pacifist theory of pacifying law.

In the seventh and last chapter, the research concluded with a summarizing final reflection. First, the foregoing chapters and the conclusions arising from them were briefly summarized. After this, a concluding survey was conducted of the discussed subject of law and peace, in which I answered the problem statement and reached a conclusion. On the basis of my research, in which I used an alternative interpretation to make explicit and to explain that legal pacifism is the tacit meaning of the Pure Theory of Law, the question in the problem statement was answered in the affirmative. After all, the implicit meaning of Kelsen's legal philosophy is that it – not only in its practical but also in its theoretical concept of law – begins and ends with peace. In the final section, this conclusion about the pacifist basic principle and ultimate aim of Kelsen's positivist legal philosophy was further elaborated and, where necessary, nuanced. First, the conclusion that peace is the *basic principle* of the Pure Theory of Law, in the sense that in the concept and meaning of law it always implicitly starts out from this basic social-ethical condition and value, was made less absolute. Second, a nuance was added to the conclusion that peace is the *ultimate aim* of the Pure Theory of Law, in the sense that it implicitly sets itself the goal of (world) peace through law and adjudication and therefore can be conceived as pacifist legal theory. Third, an answer was given to the question of what Kelsen's legal pacifism now entails for legal *practice*, especially for adjudication in general and supranational (criminal) adjudication in particular. Finally, I expressed the hope that this thesis contributes to a re-evaluation of Kelsen's positivist legal philosophy by showing that the undervalued yet essential aspect of his legal pacifism can be understood as the tacit, *ethical* meaning of the Pure Theory of Law. For the concepts of law and peace are so strongly related in Kelsen's work that the one concept cannot entirely be understood without the other.

Résumé

Droit et paix chez Hans Kelsen

Une revalorisation de la philosophie du droit de Kelsen: le pacifisme juridique comme signification tacite de sa Théorie Pure du Droit

Dans le monde de la philosophie et de la théorie du droit Hans Kelsen est connu comme l'un des plus importants jurisconsultes du 20^e siècle. C'est son ouvrage le plus important, la *Théorie Pure du Droit* (*Reine Rechtslehre*), qui lui a procuré sa réputation et l'a rendu célèbre dans le monde entier. Il est moins connu en tant que pacifiste juridique ; ses principaux écrits au sujet du droit et de la paix, tels que *Peace through Law*, sont à peine étudiés et ne sont pas mis en relation avec sa Théorie Pure du Droit. Même dans les études au sujet de la théorie de la démocratie de Kelsen (qui ont augmenté considérablement sa réputation comme avocat de la démocratie, et qui ont resitué son ouvrage politique *Vom Wesen und Wert der Demokratie* à la lumière de la Théorie du Pure du Droit) une analyse systématique ou critique de la valeur de la paix est pratiquement absente. Pourtant aussi bien sa théorie du droit que sa théorie de la démocratie s'y prêtent bien. La relation entre les concepts de droit et de démocratie chez Kelsen a déjà été démontrée par d'autres. Dans ma thèse je me suis limité aux concepts de droit et de paix quoi qu'une triple analyse de son cadre conceptuel eût mieux tenu compte de sa pensée philosophique (du droit). Dans cette thèse, composée des essais particuliers intégrés dans les chapitres précédents, j'ai analysé la signification de la paix dans la philosophie du droit de Kelsen comme suit.

Le premier chapitre introductif ouvre sur la vision du droit et de la paix chez Kelsen et soulève le lien problématique entre sa théorie « pure » ou « neutre par rapport aux valeurs » du droit positif d'une part et sa vision « impure » ou « pleine de valeurs » de la paix sociale de l'autre. Afin de résoudre cette problématique j'ai formulé la question à savoir si, à partir d'une revalorisation critique de la philosophie du droit de Kelsen, on peut conclure que la signification de la Théorie Pure du Droit se situe justement dans le fait qu'elle commence et se termine avec la paix. Si oui, que signifie ce principe en même temps qu'objectif de la théorie du droit de Kelsen pour la pratique du droit ? Une méthode alternative d'interprétation est présentée pour pouvoir répondre à cette question et pouvoir supprimer la contradiction apparente entre la Théorie Pure du Droit et un pacifisme

juridique. D'autres ont présenté une interprétation alternative du *Tractatus Logico-Philosophicus* de Wittgenstein, permettant d'en expliquer la signification tacite comme étant éthique. Dans ma recherche que voici et de façon un peu analogue j'ai développé une interprétation de la Théorie Pure du Droit qui nous permet d'expliciter le pacifisme qu'elle contient et d'expliquer la philosophie du droit de Kelsen comme étant pacifiste. J'ai essayé d'expliquer davantage les conséquences que cela a, surtout pour la procédure (supra)nationale (pénale).

C'est avec l'idée de justice que le chapitre 2 entame la recherche. Cette idée est mise traditionnellement en relation avec le concept de droit et avec elle de tout temps commencent maintes philosophies du droit. La philosophie du droit de Kelsen, elle aussi, au moins au sens négatif, ne peut être comprise que si on a examiné d'abord sa critique destructrice mais tout sauf nihiliste de l'idée de justice. L'analyse de l'approche relativiste par Kelsen de la question de la justice oblige à changer radicalement cette idée dans sa forme et dans son contenu pour qu'elle devienne une valeur réalisable d'ordre social. Cette analyse m'a conduit vers deux formes de justice auxquelles Kelsen peut accorder un caractère plus objectif possible ou bien le moins subjectif possible. Bien que seule la forme la plus objective (quoique tautologique) de la justice formelle : la *légalité*, soit immanente au droit et pour cette raison puisse être connue et discutée par la Théorie Pure du Droit, il a été démontré que Kelsen attache implicitement une importance plus que personnelle à la forme la moins subjective de la justice matérielle : la *paix sociale*. Dans sa quête scientifique d'une solution du problème de la justice qui se produit surtout en cas de conflits d'intérêts et de valeurs, Kelsen considère la métamorphose de sens depuis une justice (absolue) vers une paix (relative) comme étant nécessaire afin de trouver une solution aussi objective que possible de ces conflits. Or, selon Kelsen c'est justement le droit positif qui est en mesure de réaliser un ordre social dans lequel au moins la paix entre individus est garantie et qui règle pacifiquement leurs conflits inévitables. Et l'instrument de la procédure juridique qui vise à régler avant tout pacifiquement les conflits est selon lui capable par excellence d'atteindre le but d'une société pacifique.

Le troisième chapitre poursuit la recherche de la signification implicitement morale-politique de la Théorie Pure du Droit, avec une attention particulière à l'égard de la procédure juridique. Une telle recherche semble à première vue en contradiction avec la « pureté » de la théorie du droit de Kelsen, mais à la réflexion cette contradiction n'est qu'apparence, vu l'effet paradoxal causé par la théorie pure. Car une analyse de trois *contradictions apparentes* de la Théorie Pure du Droit (les effets paradoxaux 1. du concept

formalisé du droit ; 2. de l'idée relativisée de justice ; et 3. de la valeur objective de paix sociale) a révélé une *représentation manifeste* de la notion de Kelsen de la justice judiciaire. Sa théorie fait apparaître la justice de paix, c'est à dire en principe toute procédure qui vise une solution pacifique des conflits, comme l'exemple-type de justice « pure » (objective et impartiale). Ce qui veut dire que tout juge (visant la paix) qui règle le différend entre les parties en présence rien qu'en prononçant un verdict – donc sans usage de la violence – peut rendre ce verdict d'autant plus satisfaisant qu'il manifeste bien avoir écouté tous les partis (audition des partis) et avoir pesé le mieux possible leurs intérêts respectifs les uns contre les autres. Ce n'est qu'à ce moment que les partis se sentiront reconnus dans leur droit égal à une défense de leurs intérêts et se contenteront du jugement relativement juste. Là la paix sociale apparaît donc comme représentation Kelsénienne de la justice judiciaire, non pas comme étant suffisante ou nécessaire mais bien comme étant la *condition tacite* d'un jugement juste. J'ai essayé de répondre dans le chapitre 6 à la question de savoir si cette condition et valeur morale-politique est à la base du concept de l'ordre du droit positif de Kelsen dans son ensemble.

Les chapitres 4 et 5 voient d'abord les étapes de la poursuite de la recherche de ce que Kelsen entend par un jugement pacifiant et l'attention est déplacée vers son œuvre explicitement pacifique concernant le droit international (pénal). Le chapitre 4 s'est limité au plaidoyer de Kelsen datant d'avant et pendant la deuxième guerre mondiale en faveur du primat de la juridiction supranationale pour assurer la paix mondiale. Le fait que Kelsen indique le droit comme un bon moyen pour réaliser l'objectif de cette paix n'est pas une grande innovation – vu la tradition de la philosophie (du droit) de Hobbes à Kant. Le rôle primaire attribué par Kelsen à la juridiction pour garantir la paix dans le monde est par contre très original. Tout d'abord nous esquissons les fondements philosophiques (épistémologique et moraux-politiques) de la théorie du droit international public selon Kelsen. Ce travail met à jour un objectivisme juridique implicite (et même parfois explicite) et notamment un pacifisme. J'expose ensuite les implications par rapport à la théorie et la pratique du droit, en analysant l'argumentation de Kelsen en faveur du primat de la juridiction dans l'ordre juridique international. Trois arguments principaux se distinguent dans son plaidoyer, militant chacun en faveur du juge supranational comme gardien de la paix internationale : 1. la centralisation des organes judiciaires précède au point de vue de l'évolution celle des organes exécutifs et législatifs ; 2. sur le plan juridico-technique la fonction du juge a la priorité sur celles de la législation et de l'exécution ; et 3. au point de vue moral-politique l'autorité d'un organe objectif et impartial

est plus grande que celle d'un organe de pouvoir politique. Finalement l'intérêt primaire d'une juridiction supranationale est souligné davantage par la comparaison faite par Kelsen avec la signification pacificatrice du juge constitutionnel dans un ordre juridique national, celui-là fonctionnant comme gardien de la paix politique (et éventuellement démocratique ou bien fédérale).

Le chapitre 5 poursuit la recherche au sujet des idées pacifiques Kelseniennes concernant la juridiction supranationale dans le domaine du droit international pénal. L'originalité de ces idées ne se limite pas à son plaidoyer en faveur du primat d'un tribunal international pour assurer la paix mondiale, mais elle s'étend également lorsqu'il argumente qu'il faut élargir le pouvoir juridictionnel d'un tel tribunal dans le domaine du droit pénal. J'ai cherché si et dans quelle mesure la Théorie Pure du Droit peut être au service d'une application pratico-politique, avant de me concentrer sur la pertinence pacificatrice de cet élargissement du pouvoir juridictionnel. On constate que la Théorie Pure du Droit s'est mis implicitement au service d'une évolution pacifique de l'ordre juridique mondial et qu'en faisant cela elle est moins « pure » dans la théorie qu'elle ne veut le faire croire, mais on constate aussi que cette serviabilité tacite au pacifisme et ce but même du pacifisme ne sont pas une déviance mais au contraire découlent de ces points de départ universalistes et objectivistes, adoptés par cette même théorie. Or, partant de la paix mondiale comme but, à atteindre par le droit (et la procédure juridique) comme moyen, Kelsen estime important que dans un ordre juridique mondial à reconstruire après la deuxième guerre mondiale un futur tribunal international ferait non seulement plus de poids qu'un organe de pouvoir politique, mais disposerait aussi d'un pouvoir juridictionnel pénal. Une telle construction doit correspondre à trois critères définis par Kelsen : 1. établissement de la responsabilité individuelle ; 2. distinction entre guerre légale et guerre illégale ; et 3. juridiction universelle et obligatoire. J'ai expliqué d'après ces trois critères qu'un tel élargissement pénal est indispensable à un meilleur maintien de la paix et pourquoi il l'est, et que l'actuelle construction qui vise la paix n'y correspond pas tout à fait. Voilà pourquoi j'ai fait une proposition de rénovation de cette construction.

Le chapitre 6 revient enfin à la question déjà posée de savoir si la condition de la paix sociale n'est pas implicitement le point de départ moral-politique des idées théoriques fondamentales de Kelsen au sujet du droit positif. Mon hypothèse était que Kelsen considère la « paix sociale » comme la *conditio tacita* de la validité de l'ordre juridique positif, comme il voit dans la Théorie Pure du Droit « la norme fondamentale » comme *conditio per quam* et « l'efficacité » comme *conditio sine qua non* de l'ordre juridique valable.

Une explication est donnée d'une part de la distinction stricte que fait Kelsen entre Etre (fait et réalité) et Devoir (norme et valeur) et d'autre part du lien nécessaire entre ces deux catégories de base. Cette explication fait apparaître la pensée fondamentale de Kelsen concernant la validité juridique. La valeur de la paix sociale m'a permis de jeter un pont sur le gouffre apparemment infranchissable qui sépare l'ordre juridique positif de la réalité sociale. A partir de l'hypothèse mentionnée ci-dessus j'ai démontré que la Théorie Pure du Droit de Kelsen présuppose la *conditio tacita* de la paix sociale parmi les autres conditions (norme fondamentale et efficacité) de la validité de l'ordre juridique positif (plus ou moins centralisé et évolué). C'est ainsi que je conclus que la paix sociale n'est pas seulement la *condition* tacite de la validité, mais aussi la *valeur* fondamentale socio-éthique du droit positif. Cette implication ou présupposition de la valeur de paix veut dire qu'il est temps que la Théorie Pure du Droit que l'on a cru « neutre » au point de vue des valeurs – et donc aussi sa compréhension « pure » du droit – soit revalorisée de fond en comble en ce sens qu'elle puisse se comprendre comme une théorie pacifique du droit générateur de paix.

Le septième et dernier chapitre termine la recherche par une considération finale. Il résume d'abord les chapitres précédents ainsi que les conclusions qui en découlent. Par ailleurs il considère une dernière fois le sujet retenu ici : « droit et paix ». Je réponds à la problématique en formulant une conclusion finale. En vertu de la recherche que j'ai faite et dans laquelle, grâce à une interprétation alternative où j'ai explicité et expliqué le pacifisme juridique comme étant la signification tacite de la Théorie Pure du Droit, la question issue de la problématique a reçu une réponse affirmative. Le sens implicite de la philosophie du droit de Kelsen se situe justement dans le fait que cette philosophie commence et qu'elle finit par la paix, en ce qui concerne sa conception du droit non seulement pratique mais également théorique. Cette conclusion finale au sujet du fondement et de l'objectif pacifiste de la philosophie du droit positiviste de Kelsen est élaborée davantage dans le paragraphe final et trouve des nuances là où cela s'impose. Premièrement la conclusion selon laquelle la paix est le *fondement* de la Théorie Pure du Droit est rendue moins absolue, au sens qu'implicitement au niveau du concept et de la signification du droit elle part toujours de cette condition et valeur socio-éthique fondamentale. Deuxièmement dans la conclusion que la paix serait l'*objectif* de la Théorie Pure du Droit au sens que cette dernière se donne implicitement pour objectif la paix (mondiale) par le droit (et la procédure juridique) et qu'à cause de cela elle peut être comprise comme une théorie pacifiste du droit, une nuance a été apportée. Troisièmement il a été donné une réponse à la question de savoir

ce que le pacifisme juridique de Kelsen signifie au juste pour la *pratique* du droit, notamment pour la procédure juridique en général et la procédure (pénale) supranationale en particulier. Finalement j'ai exprimé l'espoir que ma thèse contribuera à une revalorisation de la philosophie du droit positiviste de Kelsen en montrant que l'aspect sous-évalué mais essentiel de son pacifisme juridique peut être compris comme sens *éthique* tacite de la Théorie Pure du Droit. Car les concepts de droit et de paix chez Kelsen sont si fortement liés l'un à l'autre que l'on ne puisse comprendre l'un sans l'autre.

Literatuurlijst

1. Werken van Hans Kelsen

- Kelsen, H. (1905), *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien: Franz Deuticke, 1905.
- Kelsen, H. (1911), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1911.
- Kelsen, H. (1920), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1920.
- Kelsen, H. (1926), 'Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public', *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 14(IV), 1926, pp. 227-331.
- Kelsen, H. (1928), *Die philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg: Rolf Heise, 1928.
- Kelsen, H. (1929), 'La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)', *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* 1, 1929, pp. 52-143. Voor een Duitstalige versie, zie: H. Kelsen, 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit', in: H.R. Klecatsky et al. (Hg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Band II, Wien: Europa Verlag, 1968, pp. 1813-1871. (Hierna vermeld als: *WRS I of WRS II*.)
- Kelsen, H. (1931), 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?', *Die Justiz* 6, 1931, pp. 576-628.
- Kelsen, H. (1934), *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien: Franz Deuticke, 1934.
- Kelsen, H. (1935), *The Legal Process and International Order*, London: Constable & Co. Ltd, 1935.
- Kelsen, H. (1937), 'Centralization and decentralization', in: *Authority and the Individual*, Harvard Tercentenary Publications, Cambridge MA: Harvard University Press, 1937, pp. 210-239.
- Kelsen, H. (1941), 'Essential conditions of international justice', *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law* 35, 1941, pp. 70-86.
- Kelsen, H. (1941a), 'International peace – By court or government?', *American Journal of Sociology* 46(4), 1941, pp. 571-581.
- Kelsen, H. (1942), *Law and Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41, Cambridge MA: Harvard University Press, 1942.
- Kelsen, H. (1943), 'Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals', *California Law Review* 31(5), 1943, pp. 530-571.
- Kelsen, H. (1943a), 'Compulsory adjudication of international disputes', *American Journal of International Law* 37(3), 1943, pp. 397-406.
- Kelsen, H. (1943b), 'Peace through law', *Journal of Legal and Political Sociology* 2, 1943, pp. 52-67.
- Kelsen, H. (1944), *Peace through Law*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944.
- Kelsen, H. (1944a), 'The strategy of peace', *American Journal of Sociology* 49(5), 1944, pp. 381-389.
- Kelsen, H. (1944b), 'The principle of sovereign equality of states as a basis for international organization', *Yale Law Journal* 53(2), 1944, pp. 207-220.
- Kelsen, H. (1945), 'The rule against *ex post facto* laws and the prosecution of the axis war criminals', *Judge Advocate Journal* 2(3), 1945, pp. 8-12, 46.
- Kelsen, H. (1947), 'The metamorphoses of the idea of justice', in: P. Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York: Oxford University Press, 1947, pp. 390-418.
- Kelsen, H. (1947a), 'Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in international law?', *International Law Quarterly* 1(2), 1947, pp. 153-171.

- Kelsen, H. (1952), *Principles of International Law*, New York: Rinehart & Co. Inc., 1952.
- Kelsen, H. (1953), *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien: Franz Deuticke, 1953.
- Kelsen, H. (1957), *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley: University of California Press, 1957.
- Kelsen, H. (1957a), *Collective Security under International Law*, Naval War College (Newport, Rhode Island), Washington: United States Government Printing Office, 1957.
- Kelsen, H. (1960), *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien: Franz Deuticke, 1960.
- Kelsen, H. (1967), *Pure Theory of Law*, transl. by M. Knight, Berkeley: University of California Press, 1967.
- Kelsen, H. (1968), 'Staatsform und Weltanschauung', in: *WRS II*, pp. 1923-1942.
- Kelsen, H. (1968a), 'Was ist die Reine Rechtslehre?', in: *WRS I*, pp. 611-631.
- Kelsen, H. (1968b), 'Was ist Juristischer Positivismus?', in: *WRS I*, pp. 941-957.
- Kelsen, H. (1968c), 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit', in: *WRS II*, pp. 1813-1871.
- Kelsen, H. (1968d), 'Naturrechtslehre und Rechtspositivismus', in: *WRS I*, pp. 817-833.
- Kelsen, H. (1971), 'What is justice?', in: *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley: University of California Press, 1971, pp. 1-24. (Hierna vermeld als: *WIJ*.)
- Kelsen, H. (1971a), 'Absolutism and relativism in philosophy and politics', in: *WIJ*, pp. 198-208.
- Kelsen H. (1971b), 'Law, state and justice in the Pure Theory of Law', in: *WIJ*, pp. 288-302.
- Kelsen, H. (1985), *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophischen Platons*, Wien: Manz, 1985.
- Kelsen, H. (1991), *General Theory of Norms*, transl. by M. Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Kelsen, H. (2002), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, transl. by B. Litschewski-Paulson & S.L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Kelsen, H. (2006), *General Theory of Law and State*, transl. by A. Wedberg, New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.
- Kelsen, H. (2006a), 'Natural law doctrine and legal positivism', transl. by W.H. Kraus, als appendix in: H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, transl. by A. Wedberg, New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.
- Kelsen, H. (2006b), 'Vom Wesen und Wert der Demokratie' (1. Aufl. 1920/2. Aufl. 1929), in: H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, M. Jestaedt & O. Lepsius (Hg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp. 1-33/pp. 149-228.

2. Overige werken

- Basta, D.N. (2005), 'Hans Kelsens Fragwürdige Destruktion der Gerechtigkeit', in: T. Bruns & H. Stahl (Hg.), *Sprache - Literatur - Kultur: Studien zur slawischen Philologie und Geistesgeschichte*, Frankfurt: Peter Lang, 2005, pp. 1-14.
- Baume, S. (2007), *Plaidier la démocratie*, Paris: Editions Michalon, 2007.
- Baume, S. (2012), *Hans Kelsen and the Case for Democracy*, Colchester: ECPR Press, 2012.
- Beaud. O. & Pasquino, P. (ed.) (2007), *La controverse sur 'Le gardien de la constitution' et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris: L.G.D.J., 2007.
- Bentham, J. (1996), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Bernstorff, J. von (2001), *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

- Bernstorff, J. von (2010), *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Bersier-Ladavac, N. (1998), 'Biographical note and bibliography', *European Journal of International Law* 9(2), 1998, pp. 391-400.
- Bojanic, P. (2006), 'Will the judgment in the Hague Trial constitute a precedent in international law? On the great crime (*mala in se; scelus infandum*) and sovereignty', *Socioloski Pregled* 40(1), 2006, pp. 93-114.
- Bondy, O. (1964), 'Hans Kelsen's relativistic approach to ethics', in: S. Engel & R. A. Métall (ed.), *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville: University of Tennessee Press, 1964, pp. 52-57.
- Brouwer, P.W. (2004), 'P. Scholten', in: C.J.H. Jansen et al. (red.), *Zestien juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2004, pp. 45-59.
- Brugmans, E. (1997), 'Over de kloof tussen zijn en behoren in Kelsens normentheorie', *Tijdschrift voor Filosofie* 59, 1997, pp. 461-481.
- Brugmans, E. (2006), 'Rechterlijke ongehoorzaamheid als norm. Kelsens visie op de taak van de rechter', in: L.E. de Groot-van Leeuwen et al. (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer, 2006, pp. 269-289.
- Brunkhorst, H. & Voigt, R. (Hg.) (2008), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden: Nomos, 2008.
- Bull, H. (1986), 'Hans Kelsen and international law', in: R. Tur & W. Twining (ed.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 321-336.
- Busch, J. et al. (2011), 'Peace through law'. Kelsen's (and his School's) struggle for universal peace', in: P. Cserne & M. Könczöl (ed.), *Legal and Political Theory in the Post-National Age, Central and Eastern European Forum for Legal, Political and Social Theory Yearbook*, Frankfurt, 2011, pp. 161-180. Geraadpleegd via www.univie.ac.at/kelsen/index.php?article_id=9&clang=0
- Bustamante y Montoro, A.S. de (1947), 'Kelsenism', in: P. Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies, Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York: Oxford University Press, 1947, pp. 43-51.
- Calsamiglia, A. (2000), 'For Kelsen', in: *Ratio Juris* 13(2), 2000, pp. 196-215.
- Carrino, A. (1991), 'Le positivisme critique de Hans Kelsen. Une fondation logico-formelle des normes', *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique* 20, 1991, pp. 79-88.
- Cau, M. (2004), 'Hans Kelsen et la théorie de l'État chez Dante', *Laboratoire Italien* 5, 2004, pp. 125-150.
- Clausewitz, C. von (2007), *On War*, transl. by M. Howard & P. Paret, New York: Oxford University Press, 2007.
- Cliteur, P.B. & Ellian, A. (2009), *Encyclopedie van de rechtswetenschap. Deel I: Grondslagen*, Deventer: Kluwer, 2009.
- Dante Alighieri (1998), *De goddelijke komedie*, vert. door F. van Doorn, Amsterdam: Ambo, 1998.
- Dante Alighieri (2001), *De Monarchie en andere politieke teksten & De Schenking van Constantijn*, vert. door R.F.M. Brouwer, Amsterdam: Ambo, 2001.
- Dreier, H. (1990), *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden: Nomos, 1990.
- Dreier, H. (1993), 'Hans Kelsen (1881-1973): "Jurist des Jahrhunderts"?'', in: H. Heinrichs et al. (Hg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, 1993, pp. 705-732.
- Duynstee, B. et al. (red.) (2013), *Bouwen aan vrede. Honderd jaar werken aan vrede door recht. Het Vredespaleis 1913-2013*, een uitgave van de Carnegie Stichting ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het Vredespaleis, 2013.

- Dworkin, R. (2011), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge MA: Harvard University Press, 2011.
- Dyzenhaus, D. (1997), *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Ebenstein, W. (1971), 'The Pure Theory of Law: demythologizing legal thought', *California Law Review* 59(3), 1971, pp. 617-652.
- Ehs, T. (Hg.) (2009), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Wien: Nomos, 2009.
- Fassbender, B. (2008), 'Friede durch Recht. Hans Kelsen und die Vereinten Nationen', in: H. Brunkhorst & R. Voigt (Hg.) (2008), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 127-147.
- Ferraro, A.E. (2002), 'Book review – Hans Kelsen's highest moral ideal', *German Law Journal* 3(10), 2002, pp. 1-12. Geraadpleegd via www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=20
- Fränkel, K.J. (1965), *Recht und Gerechtigkeit bei Hans Kelsen. Versuch einer Gesamtdarstellung*, Diss. Köln, 1965.
- Fuller, L.L. (1948-1949), 'The place and uses of jurisprudence in the law school curriculum', *Journal of Legal Education* 1(4), 1948-1949, pp. 495-507.
- Fuller, L.L. (1957-1958), 'Positivism and fidelity to law – A reply to professor Hart', *Harvard Law Review* 71(4), 1957-1958, pp. 630-672.
- Gattini, A. (2004), 'Kelsen's contribution to international criminal law', *Journal of International Criminal Justice* 2(3), 2004, pp. 795-809.
- Green, M.S. (2003), 'Hans Kelsen and the logic of legal systems', *Alabama Law Review* 54(2), 2003, pp. 365-413.
- Green, M.S. (2009), 'Kelsen, quietism, and the rule of recognition', in: M.D. Adler & K.E. Himma (ed.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 351-378. Geraadpleegd via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1280253>
- Groot, H. de (1939), *De iure belli ac pacis [Het recht van oorlog en vrede]*, B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp (red.), Leiden: E.J. Brill, 1939.
- Hack, P. (2003), *La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*, Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- Haldemann, F. (2005), 'Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi law', *Ratio Juris* 18(2), 2005, pp. 162-178.
- Harris, J.W. (1996), 'Kelsen's pallid normativity', *Ratio Juris* 9(1), 1996, pp. 94-117.
- Hart, H.L.A. (1997), *The Concept of Law*, Second Edition, New York: Oxford University Press, 1997.
- Hart, H.L.A. (1998), 'Kelsen's doctrine of the unity of law', in: S.L. Paulson & B. Litschewski-Paulson (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 553-581.
- Hegel, G.W.F. (2014), *Hoofddlijnen van de rechtsfilosofie*, vert. door W. Visser, Amsterdam: Boom, 2014.
- Herrera, C.M. (1997), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris: Editions Kimé, 1997.
- Herrera, C.M. (2004), *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2004.
- Hume, D. (2007), *A Treatise of Human Nature*, D.F. Norton & M.J. Norton (ed.), Oxford: Clarendon Press, 2007.
- Hume, D. (2007), *Traktaat over de menselijke natuur*, vert. door F.L. van Holthoorn, Amsterdam: Boom, 2007.
- Jabloner, C. (1997), 'Menschenbild und Friedenssicherung', in: R. Walter & C. Jabloner (Hg.), *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 20, Wien: Manz, 1997, pp. 57-73.

- Jabloner, C. (1998), 'Kelsen and his circle: the Viennese years', *European Journal of International Law* 9(2), 1998, pp. 368-385.
- Jabloner, C. & Stadler, F. (Hg.) (2001), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Band 10, Wien: Springer, 2001.
- Jakab, A. (2008), 'Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik', in: H. Brunkhorst & R. Voigt (Hg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 191-204.
- Janik, A. & Toulmin, S. (1996), *Wittgenstein's Vienna*, Chicago: Elephant Paperbacks, 1996.
- Jestaedt, M. & Lepsius, O. (2006), 'Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung', in: H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, M. Jestaedt & O. Lepsius (Hg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp. vii-xxix.
- Jestaedt, M. (Hg.) (2007), *Hans Kelsen Werke, Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, Band 1, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- Jestaedt, M. (2008), 'Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung', in: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, M. Jestaedt (Hg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. xi-lxvi.
- Kafka, F. (1983), 'Het proces', vert. door A. van Nahuys, in: Franz Kafka, *Verzameld werk*, Amsterdam: Querido, 1983.
- Kammerhofer, J. (2007), 'The benefits of the Pure Theory of Law for international lawyers, or: What use is Kelsenian theory?', *International Legal Theory* 12, 2007, pp. 5-54.
- Kammerhofer, J. (2009), 'Kelsen – Which Kelsen? A reapplication of the Pure Theory of Law to international law', *Leiden Journal of International Law* 22, 2009, pp. 225-249.
- Kant, I. (1991), *The Metaphysics of Morals*, intro. and transl. by M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Kant, I. (2005), *Critique of Pure Reason*, transl. by P. Guyer & A.W. Wood (ed.), New York: Cambridge University Press, 2005.
- Khan, A. (1987), 'A legal theory of revolutions', *Boston University International Law Journal* 5, 1987, pp. 1-28.
- Klanderman, J.H.M. (1986), *Ratio, wetenschap en recht. Een onderzoek naar de opvatting van 'wetenschap', 'recht' en de 'Grundnorm' in de Reine Rechtslehre van Hans Kelsen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1986.
- Klanderman, J.H.M. (2010), 'Die Rezeption von Kelsens Theorien in den Niederlanden', in: R. Walter et al. (Hg.), *Hans Kelsen anderswo. Hans Kelsen abroad*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 33, Wien: Manz, 2010, pp. 89-132.
- Landauer, C. (2003), 'Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter', *European Journal of International Law* 14(4), 2003, pp. 767-799.
- Langemeijer, G.E. (1973), *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1973.
- Langford, P. & Bryan, I. (2013), 'Hans Kelsen's concept of normative imputation', *Ratio Juris* 26(1), 2013, pp. 85-110.
- Leben, Ch. (1998), 'Hans Kelsen and the advancement of international law', *European Journal of International Law* 9(2), 1998, pp. 287-305.
- Leben, Ch. (2001), 'La notion de *civitas maxima* chez Kelsen', in: C.M. Herrera (ed.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris: L.G.D.J., 2001, pp. 87-98.
- Locke, J. (1988), *Over het staatsbestuur: tweede verhandeling*, vert. door F. van Zetten, Meppel: Boom, 1988.
- Marcic, R. (1966), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke, 1966.

- Mertens, Th. (2000), *Kant in Weimar*, Inaugurele rede, Deventer: Kluwer, 2000.
- Métall, R.A. (1969), *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien: Franz Deuticke, 1969.
- Notermans, M. (2008), 'Sociale vrede als Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 37(1), 2008, pp. 49-70.
- Notermans, M. (2011a), 'Het primaat van de rechtspraak in de verzekering van de vrede', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2, 2011, pp. 38-47.
- Notermans, M. (2011b), 'De idee van rechtvaardigheid van gedaante verwisseld', *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 103(2), 2011, pp. 87-105.
- Notermans, M. (2015), 'Social peace as *conditio tacita* for the validity of the positive legal order', *Law and Philosophy* 34(2), 2015, pp. 201-227.
- Olechowski, Th. (2009), 'Kelsens Rechtslehre im Überblick', in: T. Ehs (Hg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Wien: Nomos, 2009, pp. 47-65.
- Olechowski, Th. (2011), 'Biographische Untersuchungen zu Hans Kelsen', in: *Rechtsgeschichtliche Vorträge* 64, Budapest, 2011, pp. 3-19. Geraadpleegd via www.univie.ac.at/kelsen/index.php?article_id=9&clang=0
- Olechowski, Th. (2014), 'Kelsen als Pazifist', in: Hans Kelsen: *Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers [sic] und Soziologen des 20. Jahrhunderts*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 36, Wien: Manz, 2014, pp. 119-129.
- Öhlinger, T. (2005), 'Die Einheit des Rechts. Völkerrecht, Europarecht und staatliches Recht als einheitliches Rechtssystem?', in: S.L. Paulson & M. Stolleis (Hg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 160-173.
- Pauer-Studer, H. (2014), 'Kelsen's legal positivism and the challenge of Nazi law', in: M.C. Galavotti et al. (ed.), *European Philosophy of Science – Philosophy of Science in Europe and the Viennese Heritage*, Vienna Circle Institute Yearbook, Volume 17, Wien: Springer, 2014, pp. 223-240.
- Paulson, S.L. (1993), 'Die unterschiedlichen Formulierungen der "Grundnorm"', in: A. Aarnio et al. (Hg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 53-74.
- Paulson, S.L. & Litschewski-Paulson, B. (ed.) (1998), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Paulson, S.L. (1998), 'Four phases in Hans Kelsen's legal theory? Reflections on a periodization', *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 1998, pp. 153-166.
- Paulson, S.L. & Roermund, B. van (2000), 'Kelsen, authority and competence: an introduction', in: S.L. Paulson & B. van Roermund (ed.), *Law and Philosophy* 19(2), 2000, pp. 125-130.
- Pfersmann, O. (1993), 'De la justice constitutionnelle à la justice internationale: Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale', *Revue Française de Droit Constitutionnel* 16, 1993, pp. 761-790.
- Pinelli, C. (2010), 'The Kelsen/Schmitt controversy and the evolving relations between constitutional and international law', *Ratio Juris* 23(4), 2010, pp. 493-504.
- Piret, J.M. (1996), 'Legaliteit en legitimiteit bij Carl Schmitt en Hans Kelsen', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 25(1), 1996, pp. 6-26.
- Piret, J.M. (2012), 'Soevereiniteit in tijden van internationalisering. Rehabilitatie van een verguisd concept', in: M.C. Foblets et al. (ed.), *Liber Amicorum René Foqué*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2012, pp. 421-438.
- Plato (2005) *Politeia*, vert. door G. Koolschijn, Amsterdam: Atheneum – Polak & Van Gennep, 2005.
- Pontier, J.A. (1998), *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998.
- Popper, K.R. (2009), *De open samenleving en haar vijanden*, vert. door H. Daalder & S. van Luchene, Rotterdam: Lemniscaat, 2009.

- Radbruch, G. (1946), 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1, 1946, pp. 105-108.
- Ramel, K. (2009), 'Carl Schmitt face à Hans Kelsen. La joute se poursuit à l'échelle internationale', *Revue Études Internationales* 40(1), 2009, pp. 17-35.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge MA: Harvard University Press, 1971.
- Ricoeur, P. (2000), *The Just*, transl. by D. Pellauer, Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- Rigaux, F. (1998), 'Hans Kelsen on international law', *European Journal of International Law* 9(2), 1998, pp. 325-343.
- Roermund, B. van (2000), 'Authority and authorization', in: S.L. Paulson & B. van Roermund (ed.), *Law and Philosophy* 19(2), 2000, pp. 201-222.
- Roermund, B. van (2010), 'Kelsen under the Low Skies. Recognition theory revisited and revised', in: R. Walter et al. (Hg.), *Hans Kelsen anderswo. Hans Kelsen abroad*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 33, Wien: Manz, 2010, pp. 259-279.
- Rousseau, J.-J. (2002), *Het matschappelijk verdrag*, vert. door S. van den Braak & G. van Roermund, Amsterdam: Boom, 2002.
- Ross, A. (1957), 'Kelsen, Hans, What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays (Book Review)', *California Law Review* 45(4), 1957, pp. 564-570.
- Rub, A. (1995), *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*, Wien: Verlag Österreich, 1995.
- Ruiter, D.W.P. (1997), 'Legal validity qua specific mode of existence', *Law and Philosophy* 16(5), 1997, pp. 479-505.
- Sandel, M.J. (2010), *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York: Farrar, Straus & Giroux, 2010.
- Schilfgaarde, P. van (2006), 'Recht, onrecht, gerechtigheid', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 35(2), 2006, pp. 162-177.
- Schmädel, J. von (2011), 'Kelsen's Peace through Law and its reception by his contemporaries', *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 39, 2011, pp. 71-83.
- Schmitt, C. (1931), *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1931.
- Schmitt, C. (2005), *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, transl. by G. Schwab, Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Schmitt, C. (2006), *Het begrip politiek*, vert. door B. Kerkhof & G. Kwaad, Amsterdam: Boom/Parrèsia, 2006.
- Schmitt, C. (2007), *The Concept of the Political*, Expanded Edition, transl. by G. Schwab, Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- Schneider, W. (1996), *Wissenschaftliche Askese und latente Wertpräferenz bei Hans Kelsen*, Diss. Freiburg, 1996.
- Scholten, P. (1949), 'Recht en gerechtigheid', in: G.J. Scholten et al. (red.), *Verzamelde geschriften*, Deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1949, pp. 296-317.
- Scholten, P. (1974), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1974.
- Sen, A. (2009), *The Idea of Justice*, London: Allen Lane, 2009.
- Soeteman, A., (1990), *Machtig recht: een inleiding tot denken over recht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1990.
- Starke, J.G. (1998), 'Monism and dualism in the theory of international law', in: S.L. Paulson & B. Litschewski-Paulson (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 537-552.
- Telman, D.A.J. (2011), 'Law or politics? Hans Kelsen and the post-war international order', *Constellations* 18(4), 2011, pp. 513-528.
- Tournaye, C. (1995), *Kelsen et la sécurité collective*, Paris: L.G.D.J., 1995.

- Vaihinger, H. (2000), *The Philosophy of 'As if'. A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, transl. by C.K. Ogden, London: Routledge, 2000.
- Verdross, A. (1968), 'Die Rechtstheorie Hans Kelsen's', in: H.R. Klecatsky et al. (Hg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Band I, Wien: Europa Verlag, 1968, pp. 1301-1309.
- Vinx, L. (2007), *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Walter, R. (1996), 'Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit', in: M. Beck-Mannagetta et al. (Hg.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts*, Wien: Springer, 1996, pp. 207-233.
- Walzer, M. (1983), *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford: Blackwell, 1983.
- Weinberger, O. (1986), 'Logic and the Pure Theory of Law', in: R. Tur & W. Twining (ed.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 187-199.
- Witpaard, R.-J. (2014), *The Construction of Law. Hans Kelsen's Pure Theory of Law between Construction and Description*, Diss. Nijmegen, 2014.
- Wittgenstein, L. (1953), *Philosophical Investigations*, transl. by G.E.M. Anscombe, Oxford: Blackwell, 1953.
- Wittgenstein, L. (1961), *Tractatus Logico-Philosophicus*, transl. by D.F. Pears & B.F. McGuinness, London: Routledge & Kegan Paul, 1961.
- Wittgenstein, L. (1965), 'A lecture on ethics', *Philosophical Review* 74(1), 1965, pp. 3-12.
- Wittgenstein, L. (1991), *Geheime Tagebücher 1914-1916*, W. Baum (Hg.), Wien: Turia & Kant, 1991.
- Wittgenstein, L. (2000), *Brieven*, vert. door H. Driessen, Amsterdam: Wereldbibliotheek, 2000.
- Wróblewski, J. (1981), 'Kelsen, the is-ought dichotomy and naturalistic fallacy', *Revue Internationale de Philosophie* 35(4), 1981, pp. 508-517.
- Yamauchi, S. (2008), 'New Just War Theory of the 20th century: The rebirth of Grotius and the United States', *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 36, 2008, pp. 1-20.
- Zolo, D. (1998), 'Hans Kelsen: international peace through international law', *European Journal of International Law* 9(2), 1998, pp. 306-324.
- Zolo, D. (2004), 'The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg paradigm?', *Journal of International Criminal Justice* 2(2), 2004, pp. 313-318.
- Zolo, D. (2007), 'Who is afraid of punishing aggressors? On the double-track approach to international criminal justice', *Journal of International Criminal Justice* 5(4), 2007, pp. 799-807.

Curriculum vitae

Mathijs Notermans werd geboren op 7 september 1978 te 's-Gravenhage. Van 1992 tot en met 1998 genoot hij voorbereidend wetenschappelijk onderwijs aan het Gymnasium van het Bernardinuscollege te Heerlen. Na een (tussen)jaar in Frankrijk rechten te hebben gestudeerd aan de Université Lille II, begon hij in Nederland met de rechtenstudie aan de Universiteit Maastricht. Van 1999 tot en met 2004 volgde hij daar de doctoraalopleiding Nederlands Recht met als specialisatie straf(proces)recht. In 2001 ging hij naast rechten ook filosofie studeren aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Na de verkorte bacheloropleiding Wijsbegeerte, voltooide hij in 2006 *cum laude* de tweejarige masteropleiding Wijsbegeerte van een bepaald Wetenschapsgebied met als specialisatie rechtsfilosofie. Van 2007 tot en met 2008 werkte hij als junior-docent bij de vaksectie rechtsfilosofie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen en bereidde hij het onderhavige promotieonderzoek voor. Sinds 2008 is hij werkzaam als wetenschappelijk medewerker (sinds 2013 als gerechtsauditeur) bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden (strafsector). Vanaf 2009 zette hij het onderhavige promotieonderzoek voort als buitenpromovendus bij het Instituut voor Wijsbegeerte van de Faculteit der Geesteswetenschappen van de Universiteit Leiden. Sinds 2014 is hij tevens rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Limburg (strafsector). Hij is getrouwd en heeft twee kinderen.

