



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

## 4. Supranationale rechtspraak en vrede

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

*Ubi iudicia deficiunt incipit bellum*<sup>1</sup>

### 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*.<sup>2</sup> Uit deze voordracht, gebaseerd op zijn eerste grote werk op het gebied van het volkenrecht: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*,<sup>3</sup> 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 rechtswetenschappen, 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.

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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 bewezen<sup>5</sup> en de noodzakelijke exclusiviteit van de soevereine rechtsorde heeft aangetoond,<sup>6</sup> 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'<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> De noodzakelijke eenheid van het rechtssysteem als object van wetenschap dwingt Kelsen in zijn volkenrechtsleer tot het juridisch monisme.<sup>12</sup> 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."<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> “Dieses Element der Völkerrechtslehre Kelsens ist also eindeutig (von Kelsen kenntlich gemacht) politisch”,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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 'staatsolipsisme' 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*.<sup>20</sup>

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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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."<sup>23</sup>

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 laat<sup>24</sup>, 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)<sup>25</sup> spant hij zich door middel van vele geschriften in voor een effectievere verzekering van de internationale vrede.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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,<sup>28</sup> 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](http://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](http://www.un.org/en/strengtheningtheun/index.shtml); [www.reformtheun.org](http://www.reformtheun.org); [www.centerforunreform.org](http://www.centerforunreform.org); en [www.globalpolicy.org/un-reform.html](http://www.globalpolicy.org/un-reform.html).



de wereldvrede'. In Kelsens betoog, dat is verspreid over vele geschriften<sup>29</sup> en onderbouwd met meerdere argumenten,<sup>30</sup> 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*,<sup>31</sup> 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 verspreidde 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.<sup>32</sup>

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”,<sup>33</sup> 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.”<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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.”<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

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.”<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup> Niettemin lijkt het mij, in lijn met Cécile Tournaye<sup>42</sup> en Charles Leben,<sup>43</sup> de moeite waard om Kelsens stipulatieve definitie over te nemen en zijn evolutionaire argumentatie nader te onderzoeken. Het sanctie criterium 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.”<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

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."<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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."<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup>

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.<sup>52</sup> Het springende punt van zijn evolutionaire argument is nochtans dat de centralisatie van de rechtsprekende functie voorafgaat aan de overige juridische functies.<sup>53</sup> 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.”<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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?”<sup>57</sup> 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.”<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

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,<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

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 Volkenbond<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

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",<sup>64</sup> 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 *rechtstechnische* 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.<sup>65</sup>

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.”<sup>66</sup> 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 *executeren* 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."<sup>67</sup>

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,<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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."<sup>70</sup>

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.”<sup>71</sup> 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 Naties<sup>72</sup> – zich in zijn

<sup>71</sup> Kelsen 1942, p. 150.

<sup>72</sup> 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).<sup>73</sup> 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.”<sup>74</sup> 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*.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup> 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."<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup>

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."<sup>79</sup>

In een theorie waarin het gemis van de rechterlijke macht dus een voornamelijk 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 gemeenebest, 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 gemeenebest kan overkomen; deze rechter is de wetgevende macht, of door haar benoemde magistraten.<sup>80</sup>

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.<sup>81</sup> 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.”<sup>82</sup> 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’.<sup>83</sup> 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."<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup>

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."<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup>

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.<sup>89</sup> 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.”<sup>90</sup> 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.”<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> 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)*.<sup>93</sup> 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,<sup>94</sup>

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.<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup>

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.<sup>97</sup> 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.”<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

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.<sup>103</sup>

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

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.<sup>105</sup>

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,<sup>106</sup> 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.”<sup>107</sup> 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*.<sup>108</sup> 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 Naties<sup>109</sup> 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.<sup>110</sup>

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

