



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

5. Supranationale strafrechtspraak en vrede

Een internationale strafkamer als permanente uitbouw van het Vredespaleis

*Ubicumque 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 Komēdie, 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 Architektur 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 fundamentele ontwerpen 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 rechtspolitiek. 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 rekt 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 Wolfiaanse *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 Schmädler 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 Schmädels 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 geslachtofferd 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 (repesailles 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 repesailles 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 repesailles 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)erkennen.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 toegevend beoordeeling 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)erkenen als een ware, zij het nog primitieve, rechtsorde. Als de onbepaalde inmenging van de ene staat in de belangenfeer 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 belangenfeer 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 staatsimmunitieit 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 Preambule) 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 voorschrijf 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 geconcipeerde 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 ‘misdad 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 wankele 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 (vooralsnog) 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 verhinderende 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. Honderdjaar 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 Preambule 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 unanimitieit 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 *Hoofdlijnen van de rechtsfilosofie* van Hegel 2014, deel II, afd. 3, par. 130.

