



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

7. Samenvattende slotbeschouwing

7.1. Samenvatting en conclusies

Hans Kelsen staat in de wereld van de rechtsfilosofie en –theorie bekend als één van de belangrijkste rechtsgeleerden van de 20ste eeuw en zijn belangrijkste werk dat hem die bekendheid heeft opgeleverd, de *Reine Rechtslehre*, is dan ook ‘wereldberoemd’. Minder bekendheid geniet hij als juridisch pacifist en zijn voornaamste geschriften over recht en vrede, zoals *Peace through Law*, worden nauwelijks bestudeerd en amper in verband gebracht met zijn Zuivere Rechtsleer. Ook in de recentere Kelsen-studies over zijn democratietheorie, die meer bekendheid hebben gegeven aan Kelsen als pleitbezorger van democratie en die zijn politieke werk *Vom Wesen und Wert der Demokratie* zelfs in het licht hebben beschouwd van de Zuivere Rechtsleer, ontbreekt nagenoeg een systematische of kritische behandeling van de waarde van vrede, terwijl zowel Kelsens rechtsleer als zijn democratietheorie daartoe op zijn minst aanleiding geeft. Aangezien door anderen de relatie tussen de begrippen recht en democratie bij Kelsen reeds is gelegd, heb ik mij in dit proefschrift beperkt tot de bij hem nauw gerelateerde concepten van recht en vrede, alhoewel een driezijdige behandeling van Kelsens begrippenkader nog het meest recht zou doen aan zijn (rechts)filosofische denken. In dit proefschrift, bestaande uit de afzonderlijke in de voorafgaande hoofdstukken opgenomen verhandelingen, heb ik de betekenis van vrede in Kelsens rechtsfilosofie als volgt onderzocht.

In het eerste, inleidende hoofdstuk is het onderwerp van recht en vrede bij Kelsen geïntroduceerd en is het problematische verband tussen zijn ‘zuivere’ of ‘waarde-neutrale’ leer van het positieve recht enerzijds en zijn ‘onzuivere’ of ‘waardevolle’ beschouwing van de sociale vrede anderzijds aan de orde gesteld. Met het doel dit probleem op te lossen is een probleemstelling geformuleerd, namelijk de vraag of op basis van een kritische herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie kan worden geconcludeerd dat de betekenis van de Zuivere Rechtsleer juist daarin is gelegen dat zij begint en eindigt met vrede en, zo ja, wat deze pacifistische grond- en doelstelling van Kelsens rechtstheorie dan betekent voor de praktijk van het recht. Om deze vraag te beantwoorden en de schijnbare tegenstelling tussen Zuivere Rechtsleer en juridisch pacifisme op te heffen, is een alternatieve interpretatiemethode voorgesteld. Enigszins analoog aan de wijze waarop door anderen een alternatieve interpretatie is geboden van Wittgensteins *Tractatus Logico-Philosophicus*, die het mogelijk maakt de stilzwijgende

betekenis daarvan als ethisch te duiden, heb ik in dit onderzoek een uitleg van de Zuivere Rechtsleer ontwikkeld, die ons in staat stelt het daarin besloten liggende pacifisme te expliciteren en Kelsens rechtsfilosofie als pacifistisch te verklaren. De betekenis hiervan voor met name de (supra) nationale (straf)rechtspraak, heb ik geprobeerd nader uit te leggen.

In hoofdstuk 2 ben ik het onderzoek aangevangen met de idee van rechtvaardigheid, welk idee traditioneel wordt gerelateerd aan het begrip van recht en waar van oudsher menige rechtsfilosofie mee begint. Ook Kelsens rechtsfilosofie kan eerst worden begrepen, althans in negatieve zin, nadat zijn vernietigende maar allesbehalve nihilistische kritiek van die basisidee nauwkeurig is onderzocht. Een analyse van Kelsens relativistische benadering van het vraagstuk naar rechtvaardigheid, waarin die idee radicaal van gedaante moet verwisselen om een realiseerbare waarde van een maatschappelijke orde te worden, heeft mij bij twee vormen van rechtvaardigheid gebracht waar Kelsen een meest objectief respectievelijk minst subjectief karakter aan kan toekennen. Ofschoon alleen de meest objectieve (doch tautologische) vorm van formele rechtvaardigheid, de *rechtmatigheid*, immanent is aan het recht en op grond daarvan door de Zuivere Rechtsleer kan worden gekend en besproken, is toch gebleken dat Kelsen impliciet een meer dan persoonlijk belang hecht aan de minst subjectieve vorm van materiële rechtvaardigheid, de *sociale vrede*. In zijn wetenschappelijke zoektocht naar een oplossing van het rechtvaardigheidsprobleem, dat zich vooral voordoet ingeval van belangen- en waardenconflicten, beschouwt Kelsen de zins-metamorfose van (absolute) rechtvaardigheid naar (relatieve) vrede noodzakelijk om tot een zo objectief mogelijke oplossing van dergelijke conflicten te kunnen komen. Welnu, het is volgens Kelsen juist het positieve recht dat in staat blijkt een maatschappelijke orde te realiseren waarin op zijn minst de vrede tussen individuen wordt gegarandeerd door hun onvermijdelijke conflicten op vreedzame wijze te beslechten. En het instrument van rechtspraak, dat primair op vredige geschilbeslechting blijkt te zijn gericht, is volgens hem bij uitstek geschikt om dat doel van vreedzaam samenleven te bereiken.

In het derde hoofdstuk is het onderzoek naar de impliciet moreelpolitieke betekenis van de Zuivere Rechtsleer voortgezet, maar dan met bijzondere aandacht voor de rechtspraak. Op het eerste gezicht lijkt een dergelijk onderzoek strijdig te zijn met de 'zuiverheid' van Kelsens rechtstheorie, maar bij nadere beschouwing blijkt deze tegenstrijdigheid schijn te zijn vanwege de paradoxale werking die van de zuivere theorie zelf uitgaat. Immers, uit een analyse van drie *schijnbare tegenstellingen* van de Zuivere Rechtsleer – de paradoxale effecten van 1. het geformaliseerde

begrip van recht; 2. de gerelativeerde idee van rechtvaardigheid; en 3. de geobjectiveerde waarde van sociale vrede –, is een *kennelijke voorstelling* van Kelsens notie van rechterlijke rechtvaardigheid tevoorschijn gekomen. In zijn rechtsleer verschijnt de vredesrechtspraak, dat is in wezen elke op vredige conflictbeslechting gerichte rechtspleging, als toonbeeld van 'zuivere' (objectieve en onpartijdige) rechtspraak. Dit betekent dat elke (zich op vrede richtende) rechter die reeds door het doen van een uitspraak – dus zonder geweldgebruik – een einde maakt aan het geschil van partijen, deze uitspraak voor partijen bevredigender kan maken naarmate hij daarin blijk geeft te hebben geluisterd naar alle betrokken partijen (hoor en wederhoor) en hun belangen zo evenwichtig mogelijk tegen elkaar te hebben afgewogen. Alleen dan zullen partijen zich erkend voelen in hun gelijke aanspraak op behartiging van hun belangen en zich tevreden stellen met het relatief rechtvaardige oordeel. Sociale vrede toont zich hier dus als Kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid, weliswaar niet als voldoende of noodzakelijke maar wel als *stilzwijgende voorwaarde* voor rechtvaardige rechtspleging. Of deze moreelpolitieke (voor)waarde ook ten grondslag ligt aan Kelsens begrip van de positieve rechtsorde als geheel, heb ik onderzocht in het zesde hoofdstuk.

In hoofdstuk 4 en 5 zijn eerst nog vervolgstappen gezet in het onderzoek naar Kelsens begrip van pacificerende rechtspraak, waarbij de aandacht is verplaatst naar zijn expliciet pacifistische werken op het terrein van het internationale (straf)recht. Het vierde hoofdstuk heeft zich daarbij beperkt tot Kelsens pleidooi van vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog voor het primaat van supranationale rechtspraak in de verzekering van de wereldvrede. Dat Kelsen het recht als een geschikt middel aanmerkt om het doel van die vrede te realiseren is – gezien de (rechts)filosofische traditie lopend van Hobbes tot Kant – niet zo heel vernieuwend, maar de primaire rol die Kelsen toekent aan de rechtspraak om de wereldvrede te garanderen is wel zeer origineel. Allereerst zijn de wereldbeschouwelijke (kennistheoretische en moreelpolitieke) grondslagen van Kelsens volkenrechtsleer geschetst, uit welke schets een impliciet – en soms zelfs expliciet – juridisch objectivisme en met name pacifisme zichtbaar is geworden. De rechtstheoretische en –praktische implicaties daarvan heb ik vervolgens uiteengezet door een analyse van Kelsens argumentatie voor het primaat van de rechtspraak binnen de internationale rechtsorde. In zijn pleidooi zijn drie hoofdargumenten onderscheiden die elk pleiten voor de supranationale rechter als hoeder van de internationale vrede: 1. evolutionair gaat de centralisatie van rechtsprekende organen vooraf aan die van uitvoerende en wetgevende organen; 2. juridisch-technisch heeft de

functie van rechtspraak voorrang boven die van wetgeving en uitvoering; en 3. moreel-politiek is het gezag van een objectief en onpartijdig orgaan groter dan dat van een politiek machtsorgaan. Ten slotte is het primaire belang van de supranationale rechtspraak nog eens benadrukt door Kelsens vergelijking met de pacificerende betekenis van de constitutionele rechter in een nationale rechtsorde, die daarin fungeert als hoeder van de politieke (en evt. democratische dan wel federale) vrede.

In het vijfde hoofdstuk is op het onderzoek naar Kelsens pacifistische beschouwingen over supranationale rechtspraak voortgebouwd, te weten op het gebied van het internationale strafrecht. De originaliteit van deze beschouwingen blijft immers niet beperkt tot zijn pleidooi voor het primaat van een internationaal gerechtshof in de verzekering van de wereldvrede, maar strekt zich mede uit tot zijn betoog dat de rechtsmacht van een dergelijk gerechtshof strafrechtelijk moet worden uitgebreid. Alvorens mij te hebben gericht op de pacificerende relevantie van deze jurisdictie-uitbreiding, heb ik onderzocht of en in hoeverre de Zuivere Rechtsleer in dienst kan staan van een praktisch-politieke toepassing daarvan. Vastgesteld kan worden dat de Zuivere Rechtsleer zich impliciet in dienst heeft gesteld van een pacifistische ontwikkeling van de wereldrechtsorde en daarmee in zekere zin minder 'zuiver' in de leer is dan zij zelf wil doen geloven, maar dat deze stilzwijgende dienstbaarheid aan en doelstelling van het pacifisme zeker niet afwijken van doch consequent voortvloeien uit de door diezelfde leer aangenomen universalistische en objectivistische uitgangspunten. Nu dan, het was volgens Kelsen – uitgaande van het doel van wereldvrede door middel van recht(spraak) – van belang dat in een na de Tweede Wereldoorlog te construeren wereldrechtsorde een op te richten internationaal gerechtshof niet alleen zou primeren boven een politiek machtsorgaan, maar ook zou beschikken over strafrechtelijke rechtsmacht. Aan de hand van de drie door Kelsen gestelde eisen waaraan een dergelijke constructie moet voldoen – te weten: 1. vestiging van individuele aansprakelijkheid; 2. onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige oorlog; en 3. universele en dwingende jurisdictie –, heb ik uitgelegd dat en waarom deze strafrechtelijke 'uitbouw' nodig is voor betere vredeshandhaving en dat het huidige vredes-'bouwwerk' daar niet geheel aan beantwoordt. Daarom is een voorstel tot renovatie van dit bouwwerk gedaan.

In hoofdstuk 6 ben ik ten slotte teruggekomen op de eerder opgeworpen vraag of de (voor)waarde van de sociale vrede niet impliciet het moreelpolitieke uitgangspunt vormt van Kelsens theoretische grondgedachten over het positieve recht. Mijn hypothese was dat Kelsen de 'sociale vrede' als *conditio tacita* voor de geldigheid van de positieve rechtsorde beschouwt, evenals

hij in de Zuivere Rechtsleer de 'grondnorm' als *conditio per quam* en de 'effectiviteit' als *conditio sine qua non* voor de geldige rechtsorde opvat. Allereerst is geschetst waarom Kelsen aan de ene kant een strikt onderscheid maakt tussen Zijn (feit en realiteit) en Behoren (norm en waarde) en aan de andere kant een noodzakelijke relatie legt tussen beide basiscategorieën. Uit deze schets is Kelsens grondgedachte van rechtsgeldigheid tevoorschijn gekomen die het mij mogelijk heeft gemaakt om de schijnbaar onoverbrugbare kloof tussen positieve rechtsorde en sociale realiteit te overspannen met de waarde van sociale vrede. De hiervoor genoemde hypothese heb ik vervolgens bewezen door aan te tonen dat Kelsens Zuivere Rechtsleer in de overige voorwaarden (grondnorm en effectiviteit) voor de geldigheid van de (min of meer gecentraliseerde en ontwikkelde) positieve rechtsorde de *conditio tacita* van sociale vrede vooronderstelt. Uit deze bewijsvoering concludeer ik dat de sociale vrede niet alleen de stilzwijgende voorwaarde voor rechtsgeldigheid is, maar ook de sociaal-ethische grondwaarde van het positieve recht. Deze implicatie of vooronderstelling van de waarde van vrede betekent dat de vermeende 'waarde-neutrale' Zuivere Rechtsleer – en dus ook haar 'zuivere' begrip van het recht – aan een grondige herwaardering toe is, in die zin dat zij als een pacifistische leer van het pacificerende recht kan worden begrepen.

7.2. Slotsom: recht en vrede

Ondanks het feit dat Hans Kelsen zijn leven lang als juridisch pacifist is opgekomen voor de vrede en voor zijn (internationaalrechtelijk) werk zelfs tot driemaal toe is genomineerd voor de Nobelprijs voor de Vrede¹ – uit welke nominaties de internationale waardering voor die inzet wel blijkt – is dit wezenlijke aspect van pacifisme en vrede van zijn rechtsfilosofische denken ondergewaardeerd, negatief bekritiseerd en/of onbegrepen gebleven. Dit proefschrift reikt een kritische herwaardering (van dit aspect) van Kelsens rechtsfilosofie aan, en probeert door middel van een alternatieve interpretatie het juridisch pacifisme juist als de (stilzwijgende) betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer te begrijpen. Daartoe is Kelsens pacifisme en begrip van vrede in de hiervoor samengevatte hoofdstukken geanalyseerd.

¹ In Notermans 2011a, voetnoot 7 (dit proefschrift, hfst. 4, voetnoot 26) had ik gesteld dat Kelsen *tweemaal* was genomineerd voor de Nobelprijs. Dit blijkt niet juist te zijn; hij werd hiervoor genomineerd in 1934, 1936 én 1960. Zie Olechowski 2014, p. 127.

Nu volgt een slotsom, waarin de probleemstelling wordt beantwoord en het onderzoek wordt afgerond.

Volgens de in de inleiding van dit proefschrift aangehaalde opvatting van Fuller, die hij deelt met Hall, behoort de rechtsfilosofie uit te gaan van of te beginnen met rechtvaardigheid. Ook de betekenis van Kelsens rechtstheorie kan volgens Fuller pas echt worden begrepen indien we zijn negatie van rechtvaardigheid zorgvuldig hebben onderzocht. Deze laatste opvatting deel ik, althans als het gaat om de betekenis van de Zuivere Rechtsleer in negatieve zin, maar niet als het gaat om haar positieve betekenis. Haar hele negatieve zin zou ongeveer in deze woorden à la Wittgensteins *Tractatus*² kunnen worden uitgedrukt: Wat over de ethische waarde van het positieve recht gezegd kan worden, kan niet meer dan in relatieve zin worden gezegd; en van absolute rechtvaardigheid, waarover niet kan worden gesproken, moet men zwijgen. De Zuivere Rechtsleer heeft evenwel ook een positieve, ethische betekenis.

Het moeilijke is dat de Zuivere Rechtsleer deze zin niet expliciet onder woorden brengt, omdat zij zich uitdrukkelijk typeert als 'zuivere' kennisleer van het positieve recht en zich wil onthouden van welke ethische waardering van het positieve recht dan ook. Bij een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie moet het dus aankomen op een explicitering van de relativistische ethiek, die in zijn zuiver theoretische werken wel degelijk besloten ligt, en op een lezing van deze werken in samenhang met zijn expliciet pacifistische werken, welke verschillende werken namelijk facetten zijn van één en dezelfde relativistische wereldbeschouwing. Welnu, deze door mij verrichtte explicitering en samenhangende lezing maken duidelijk dat de Zuivere Rechtsleer – enigszins in weerwil van haar methodologische 'zuiverheid' – zich in minder zichtbare doch onmiskenbaar aanwezige bewoordingen uitspreekt voor de ethische waarde van relatieve vrede, waarvan zij bovendien zegt dat deze waarde – anders dan absolute rechtvaardigheid – door het positieve recht kan worden gerealiseerd en bevorderd. Deze voorkeur voor de waarde van vrede, die bij Kelsen in de plaats komt van de waarde van rechtvaardigheid, is dé sleutel voor een beter begrip van de Zuivere Rechtsleer.

Dat het in de Zuivere Rechtsleer niet blijft bij een 'eenvoudige' doch waarde bepalende voorkeur voor vrede, maar dat het haar hele positieve zin bepaalt, moet mijns inziens leiden tot de conclusie dat vrede hét ethische begin (grondstelling) en einde (doelstelling) van Kelsens rechtsfilosofie betekent. Of de lijn van deze conclusie, die ik hierna nog nader zal uitwerken

2 Vgl. Wittgenstein 1961, voorwoord.

en nuanceren, kan worden doorgetrokken tot de (positivistische) rechtsfilosofie in het algemeen – ‘dat (positivistische) rechtsfilosofie behoort uit te gaan van vrede’ – zou verder onderzoek moeten uitwijzen. Dat dit echter geen volstrekt onzinnige hypothese vormt, moge reeds blijken uit de volgende opzettelijk dramatisch aangezette maar direct weer genuanceerde woorden van Ricoeur, waarin naar mijn mening beslist een kern van waarheid schuilt:

(...) I propose saying that *war* is the insistent theme of political philosophy and *peace* that of the philosophy of law.(...) Of course, I do not want to be misled by the rhetorical dramatization that opposes the political problematic of war to the juridical one of peace. Thus, allow me to suggest in a more careful manner the idea of the intersecting priorities of these two problematics: is peace not also the ultimate horizon of politics thought of as cosmopolitic? And is not injustice, hence finally violence, also the initial situation that law seeks to transcend, without ever fully succeeding?³

Hoewel Ricoeurs ‘voorstel’ dus niet te letterlijk/zwaar moet worden opgevat en de ‘tegenstelling’ tussen politieke filosofie en rechtsfilosofie misschien niet zó streng is, brengt het in ieder geval wat Kelsens ‘zuivere’ rechtsfilosofie betreft wel precies in beeld van welke grondwaarde zij uitgaat, aan welk doeleinde ze vasthoudt en tegen welke ‘onzuivere’ politieke (of gepolitiseerde) filosofie (van het recht) ze zich te weer stelt. Wat dit laatste betreft moet dan uiteraard meteen worden gedacht aan haar toenmalige tegenhanger: Schmitts politieke (rechts)filosofie, volgens welke de voorwaarde – “de permanent aanwezige *vooronderstelling*” – voor het begrip en de betekenis van de politiek ligt in de fundamentele (specifiek politieke) onderscheiding van vriend en vijand en in de daarbij behorende uiterste doch reële mogelijkheid van oorlog.⁴ De pacifistische grond- en doelstelling van Kelsens Zuivere Rechtsleer staan hier dus diametraal tegenover, maar deze rechtsfilosofie is dan ook een ‘zuivere’ theorie van het positieve recht: rechtswetenschap dus, geen rechtspolitiek. In welke zin en mate betekent vrede nu dé ethische grond- en doelstelling van Kelsens rechtsfilosofie?

Allereerst moet de conclusie dat vrede de *grondstelling* is van Kelsens Zuivere Rechtsleer, in de zin dat zij impliciet bij het concept en de zin van het recht steeds uitgaat van deze sociaal-ethische grond(voor)waarde, minder

3 Ricoeur 2000, pp. ix-x.

4 Schmitt 2006, pp. 62-71.

absoluut worden gemaakt. Ten eerste, ten aanzien van de vooronderstelde *waarde* van de rechtsvrede, want deze is en blijft relatief. Niet alleen ten opzichte van andere waarden – de vrede van het recht houdt niet de absoluut rechtvaardige oplossing doch wel de beëindiging van geweld in –, maar ook ten opzichte van zichzelf – de vrede van het recht heeft niet de absolute afwezigheid doch wel de monopolisering van geweld tot gevolg. Kelsens pacifistische rechtsfilosofie postuleert dan ook allesbehalve een geweldloze of ‘politiek loze’ orde, zoals het utopisch anarchisme doet en waartegen ook Schmitt als volgt waarschuwt:

Een wereld waarin de mogelijkheid van een dergelijke strijd totaal geëlimineerd en verdwenen is, een definitief gepacificeerde aarde, zou een wereld zijn zonder de onderscheiding tussen vriend en vijand, en dus een wereld zonder politiek.⁵

Echter, waar bij Schmitt de politiek (of macht) primeert boven het recht en voor de begripsbepaling van de politiek juist het voortbestaan van de uitzondering van de strijd (oorlog) maatgevend is, daar is bij Kelsen het recht een (specifiek normatieve) orde van de macht (of politiek) en is voor de definitie van het recht normbepalend dat het door middel van geweld of dwang de mogelijkheid van de strijd (oorlog) juist tot een uitzondering kan terugbrengen.

Ook al vloeit hieruit Kelsens op vrede gerichte definitie van het recht voort: “The law is an order of coercion and, as a coercive order – according to its evolution – an order of security, that is, of peace”,⁶ dan nog is de aangenomen *waarheid* van de grondstelling – gelet op de latere visie van de Zuivere Rechtsleer⁷ – niet in overeenstemming met elke positieve rechtsorde. Dat is de tweede relativering van voornoemde conclusie, want ofschoon kan worden gezegd dat de ontwikkeling van het recht zich langzaam maar zeker voortbeweegt in de richting van een staat van vrede, heeft het recht deze staat nog (lang) niet in elke positieve rechtsorde gerealiseerd en kan de pacificatie van de rechtsorde dus niet worden beschouwd als de aan alle positieve rechtsordes gemeenschappelijke grondwaarde.

Hier moet daarom een onderscheiding worden aangebracht in de fases van ontwikkeling van positieve rechtsordes: 1. de laag(st) ontwikkelde (primitieve) rechtsorde, waarin het geweldsmonopolie volledig is

5 *Ibid.*, p. 69.

6 Kelsen 1967, p. 38.

7 *Ibid.*, pp. 38-39. Zie ook Notermans 2015, pp. 223-224 (dit proefschrift, hfst. 6, pp. 175-176).

gedecentraliseerd en eigenrichting nog de overhand heeft; 2. de min of meer ontwikkelde rechtsorde, waarin het geweldsmonopolie een minimum aan centralisatie heeft bereikt en eigenrichting ten minste in beginsel is verboden; en 3. de hoog(st) ontwikkelde rechtsorde (de moderne (rechts) staat), waarin rechterlijke organen dwingende rechtsmacht hebben en uitvoerende organen zo effectief zijn dat verzet (geweld) daartegen vruchteloos is. In de eerste fase van ontwikkeling, waarin zich volgens Kelsen ook de internationale rechtsorde bevindt, kan de rechtsorde geen vrede maar slechts de laagste mate van collectieve veiligheid garanderen door voor te schrijven onder welke voorwaarden en door welke organen geweld behoort te worden gebruikt. Alleen in de daaropvolgende fases van ontwikkeling, die pas kunnen worden ingezet als op zijn minst de vraag of het recht is geschonden en wie daarvoor verantwoordelijk is, niet meer wordt beantwoord door de betrokken partijen zelf maar door een onafhankelijk rechterlijk orgaan, kan de rechtsorde een zodanige mate van collectieve veiligheid garanderen dat de rechtsorde ook daadwerkelijk kan worden gepacificeerd.

Gelet op deze in de latere visie van de Zuivere Rechtsleer aangebrachte onderscheiding, kan zij er dus niet langer van uitgaan dat de staat van recht noodzakelijk een staat van vrede betekent en dat het verzekeren van de vrede een wezenlijke functie is van het recht. Aangezien ik deze onderscheiding in het begin van mijn onderzoek niet geheel had ingezien, kwam ik in mijn eerst gepubliceerde artikel⁸ (opgenomen in hoofdstuk 3) nog tot het inzicht dat als sociale vrede inherent is aan elke positieve rechtsorde, de begrippen recht en vrede bij Kelsen een (waardevolle) tautologie vormen. Door voortschrijdend inzicht ben ik de onderscheiding beter gaan begrijpen, heb ik mijn oordeel gewijzigd in een later gepubliceerd artikel⁹ (opgenomen in hoofdstuk 2) en kom ik nu tot de slotsom dat de stelling, die aan de Zuivere Rechtsleer ten grondslag ligt, 'dat het recht een orde van vrede is' weliswaar niet onder alle omstandigheden waar is, maar wel onder de omstandigheid dat de rechtsorde een zekere mate van ontwikkeling (centralisatie en effectiviteit) heeft bereikt. Dat met betrekking tot de moderne (rechts)staat in zekere zin sprake is van een tautologie, heeft ook Schmitt blijkbaar ingezien:

De functie van een normale staat bestaat (...) primair in het tot stand brengen van een complete pacificatie *binnen* de staat en zijn grondgebied,

8 Zie Notermans 2008, pp. 66-67 (dit proefschrift, hfst. 3, pp. 70-71).

9 Zie Notermans 2011b, pp. 103-104 (dit proefschrift, hfst. 2, pp. 49-51).

‘rust, orde en veiligheid’ te vestigen en daardoor de *normale* toestand te scheppen, die de voorwaarde is dat rechtsnormen überhaupt van kracht zijn, aangezien elke norm een normale situatie veronderstelt en een norm nooit enige gelding kan hebben in een toestand die volledig met de strekking van die norm in strijd is.¹⁰

Anders dan in Schmitts politieke (rechts)filosofie, waarvoor deze tautologie uiteindelijk niet maatgevend is en volgens welke toch permanent moet worden uitgegaan van het ‘uiterste conflictgeval’, de *uitzonderlijke* toestand van strijd (oorlog) die de regel (norm) bevestigt, is en blijft voor Kelsens Zuivere Rechtsleer juist die *normale* toestand van orde (vrede) wel normbepalend en is het tenslotte die toestand die het recht (norm) geldig houdt.

Voorts moet in de conclusie dat vrede de *doelstelling* is van Kelsens Zuivere Rechtsleer, in de zin dat zij zich impliciet (wereld)vrede door recht(spraak) ten doel stelt en daarom als een pacifistische rechtsleer kan worden begrepen, een nuancering worden aangebracht. Hier dient immers onderscheid te worden gemaakt tussen de ‘filosofie’ die Kelsens leer expliciet bevat – het zuiver rechtspositivisme: de kritiek van het probleem van absolute rechtvaardigheid, het geformaliseerde waarde-neutrale begrip van het recht en de kennistheoretische gelijkwaardigheid van de tegengestelde grondslagen van het volkenrecht – enerzijds, en de ‘wereldbeschouwing’ die hij daarin impliciet uiteenzet – het juridisch pacifisme: de waarde van vrede als relatieve oplossing van voornoemd probleem, recht(spraak) als formeel en onzijdig middel ter vreedzame beslechting van belangen- en waarden-conflicten en de moreelpolitieke rechtvaardiging van het objectivistisch primaat van het internationale recht – anderzijds. Zijn filosofie richt zich op de begrenzing van de theoretische-rationele kennis van het wezen en de waarde van het recht, welke slechts in relatieve zin kan worden uitgedrukt. Zijn wereldbeschouwing reikt een praktische-redelijke oplossing aan voor en bescherming tegen elke mogelijke (gewelddadige) overschrijding van die grens, te weten: een rechtsorde die het ideaal van absolute rechtvaardigheid, waarvoor menig individu en staat bereid is een gewelddadige strijd te voeren, heeft vervangen door het ideaal van relatieve vrede, waardoor het vreedzaam naast elkaar bestaan van individuen en staten mogelijk wordt gemaakt.

Ofschoon Kelsens filosofie en wereldbeschouwing dus corresponderen met elkaar en het zuiver rechtspositivisme en juridisch pacifisme niet elkaars

10 Schmitt 2006, p. 79. Zie ook Notermans 2015, pp. 226-227 (dit proefschrift, hfst. 6, pp. 178-179).

tegengestelde zijn doch hetzelfde waarderrelativisme vooronderstellen,¹¹ welk relativisme voortdurend terugkomt in zijn gezamenlijke werk, moet niettemin worden onderscheiden tussen zijn rechtswetenschappelijke en rechtspolitieke werk. In eerstbedoelde werk houdt Kelsen – ondanks de daarin voorkomende zinspelingen op het ideaal van vrede – in hoge mate vast aan de methodologische ‘zuiverheid’ van zijn leer en houdt hij zijn rechtstheoretische inzichten zoveel mogelijk gescheiden van zijn juridisch pacifistische beschouwingen, zonder evenwel na te laten de Zuivere Rechtsleer – binnen de grenzen van het wetenschappelijke – in dienst te stellen van een pacifistische ontwikkeling van de wereldrechtsorde. Waar de grens van de op kennis gerichte theorie eindigt, daar begint echter de ruimte van het praktische handelen. In laatstbedoelde werk kan Kelsen het daarom niet nalaten, hetgeen hij op niet aflatende wijze heeft gedaan, om zijn theoretische inzichten toe te passen op de praktijk en de weg in te slaan die de Zuivere Rechtsleer voor hem – en alle andere pacifisten (!) – heeft (voor)bereid, een weg die de wereldrechtsorde (tot het einde toe) moet volgen, wil deze – net als binnen de nationale rechtsorde – een staat van recht realiseren die gelijk is aan een staat van vrede.

De Zuivere Rechtsleer dwingt er niet toe deze objectivistisch-pacifistische weg te bewandelen. Men kan er dus ook voor kiezen het subjectivistisch-imperialistische pad op te gaan. Kelsen heeft er echter met nadruk op gewezen dat dit pad uiteindelijk leidt tot een negatie van het recht en daarmee tot een affirmatie van louter macht (of politiek). Het onderscheid tussen Kelsens filosofie en de daarin geïmpliceerde wereldbeschouwing en tussen zijn rechtswetenschappelijke werk en het daaruit voortvloeiende rechtspolitieke werk, in acht nemend, kan mijns inziens worden geconcludeerd dat niet alleen de in dienst van de vrede tredende Kelsen – de rechtspoliticus – kan worden betiteld als ‘pacifist’,¹² maar dat ook de Zuivere Rechtsleer als ‘pacifistisch’ kan worden gekwalificeerd, voor zover zij zich dienstbaar maakt de ‘zuivere’ weg te tonen om het einddoel van vrede te bereiken. In zoverre is pacifisme meer dan de enkel bij de persoon Kelsen behorende relativistische opvatting over de wereld, het is dé bij de Zuivere Rechtsleer (‘in ruimere zin’) passende wereldbeschouwing.¹³

Ten slotte heb ik in dit proefschrift, bij de beantwoording van de probleemstelling voor zover deze vraagt naar de betekenis van Kelsens juridisch

11 Vgl. Bernstorff 2010, pp. 188-190.

12 Zie Olechowski 2014.

13 Dreier 1990, pp. 298-299 komt tot een vergelijkbare conclusie maar dan m.b.t. Kelsens democratietheorie.

pacifisme voor de rechtspraak, aandacht besteed aan zijn beschouwingen over de rechtspraak in het algemeen en de supranationale (straf)rechtspraak in het bijzonder. Ook wat deze betekenis betreft, brengt de volgende opvatting van Ricoeur over de rechtspraak precies de maatschappelijke waarde onder woorden die Kelsen daaraan heeft toegekend:

If, in fact, conflict, and therefore, in some sense, violence, remains the occasion for judicial intervention, this can be defined by the set of means by which the conflict is raised to the rank of a trial process, this latter being in turn centered on a debate in words, whose initial incertitude is finally decided by a speech act that says what the law is and how it applies. Therefore there exists a place within society – however violent society may remain owing to its origin or custom – where words do win out over violence.¹⁴

Naar de opvatting van Ricoeur is de rechterlijke uitspraak op korte termijn gericht op de beslechting van een conflict – een einde maken aan de rechtsonzekerheid –, terwijl de langere termijn finaliteit van deze beslissing bestaat in haar bijdrage aan meer dan enkel zekerheid of veiligheid, namelijk aan wat ook hij noemt ‘sociale vrede’ – een vorm van wederzijdse erkenning.¹⁵ Deze door Ricoeur aangebrachte onderscheiding in de finaliteit van rechtspraak drukt naar mijn mening exact het trapsgewijze belang uit dat de rechtspraak heeft in de door Kelsen onderscheiden ontwikkelingsfasen van positieve rechtsordes.

Om zich te kunnen ontwikkelen van het lage niveau naar een hoger niveau van rechtsorde en navenante collectieve veiligheid, is het in de eerste plaats van belang dat de positieve rechtsorde over centrale rechterlijke organen beschikt die bij uitsluiting bevoegd zijn tot het vaststellen van een ‘delict’ – onrechtmatig geweld (misdaad of oorlog) – en tot het bevelen van een ‘sanctie’ – rechtmatig geweld (straf of oorlog) – tegen de ‘delinquent’ (individu of staat). Het is daarom volgens Kelsen belangrijk dat in de primitieve internationale rechtsorde een internationaal gerechtshof wordt gevestigd waar alle geweldsconflicten – te beginnen met oorlog – tussen staten worden onttrokken aan hun eigen subjectieve gezag en worden onderworpen aan een objectief en onpartijdig gerechtelijk proces, waarin deze conflicten door een dwingende uitspraak over de eventuele onrechtmatigheid van het geweld en de te treffen sanctie tegen de aansprakelijk gestelde staat kunnen worden beëindigd. Een nadere stap in deze ontwikkeling van

14 Ricoeur 2000, p. ix.

15 Idem, p. x. en nader: pp. 127-132.

de internationale rechtsorde op weg naar effectieve pacificatie vormt de uitbreiding van de bevoegdheid van het internationaal gerechtshof met internationaal strafrechtelijke jurisdictie, zodat de vreedzamer rechtstechniek van individuele bestraffing het uiteindelijk wint van de gewelddadiger techniek van collectieve vergelding.

Om dit hoger niveau van rechtsorde en collectieve veiligheid – waarvoor de voorwaarde dus wordt geschapen door de rechtszekerheid biedende rechtspraak, onder welke voorwaarde de verdere pacificatie van de rechtsorde kan plaatsvinden – te handhaven en te bevorderen, is het in de tweede plaats van belang dat de positieve rechtsorde de sociale vrede tussen individuen en collectiviteiten realiseert door in meer of mindere mate een compromis tussen hun respectievelijke belangenconflicten tot stand te brengen. Het is derhalve van grote betekenis dat in de moderne (rechts) staat een rechterlijke uitspraak wordt gedaan waar alle betrokken partijen zich op zijn minst in kunnen schikken en op zijn best vrede mee kunnen hebben, waardoor zowel de winnende als verliezende partij zich evenzeer erkend voelt in haar aanspraak op belangenbehartiging ook al wordt geen van beide kanten daarin volledig bevredigd. De laatste stap in deze ontwikkeling van de moderne (democratische) rechtstaat naar optimale pacificatie vormt volgens Kelsen het toevertrouwen van de bevoegdheid van grondwettelijke bescherming aan een constitutioneel hof, zodat de gepolitiseerde rechtsstrijd (tussen minderheden en meerderheid) om grondwettelijke aanspraken wordt gevoerd via een objectief en onpartijdig gerecht dat de strijd op ‘zuiver’ juridische wijze kan beslechten.

Of de lijn van deze geleidelijke ontwikkeling, die ik in dit proefschrift wel eens heb aangestipt maar niet nader heb onderzocht, kan worden doorgetrokken tot de wereldrechtsorde in haar geheel – ‘dat het wereldrecht zich moet vormen tot een (democratische) wereldstaat’ – zal verder onderzoek en de toekomst moeten uitwijzen. Dat deze zich reeds op kleinere internationale schaal aan het voltrekken is, blijkt uit bijvoorbeeld de vorming van het recht van de Europese Unie of de Raad van Europa dat inmiddels democratische, constitutionele en zelfs statelijke trekken begint te vertonen, waarbij bovendien een belangrijke rol is toebedeeld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie respectievelijk het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. En dat deze rechtsontwikkeling in ieder geval bevorderlijk is geweest voor de vrede in Europa mag worden afgeleid uit het feit dat we al 70 jaar geen oorlog meer hebben meegemaakt,¹⁶ hetgeen we door de

16 Zoals bekend, is de Europese Unie voor haar bijdrage aan de bevordering van de vrede in Europa in 2012 de Nobelprijs voor de Vrede toegekend.

overige (economische, financiële en politieke) problemen binnen Europa soms dreigen te vergeten dan wel als zo vanzelfsprekend ervaren dat we deze meerwaarde van de Europese rechtsorde niet meer inzien. Hetzelfde geldt – en misschien wel in sterkere mate – voor onze nationale rechtsorde, waarin we de waarde van vrede vaak niet meer dan als een feit of realiteit beschouwen, terwijl het toch een primair ideaal betreft dat nooit volledig of in absolute zin kan worden gerealiseerd.

Of we de ontwikkeling van onze moderne rechtsstaat en de huidige evolutie van de Europese rechtsorde volledig kunnen extrapoleren naar de toekomst van de wereldrechtsorde, valt nog te bezien. Dat ook op die grotere schaal kleine stappen zijn gezet in de goede richting, bewijst bijvoorbeeld de vorming van het recht van de Verenigde Naties dat echter nog lang niet voornoemde trekken draagt van een wereldstaat, waarbij ook nog een ondergeschikte rol is gegeven aan het Internationaal Gerechtshof ten opzichte van de Veiligheidsraad. En dat juist deze overheersing van een machtspolitiek orgaan op een rechterlijk orgaan niet gunstig is geweest voor de vrede in de wereld is – mijns inziens – een overtuigende conclusie die kan worden getrokken uit het werk van Kelsen en uit de vele niet-gesancioneerde schendingen van het in art. 2 lid 4 VN-Handvest neergelegde geweldverbod sinds de oprichting van de Verenigde Naties in 1945. Dezelfde ‘fatale constructiefout’ – de dominantie van een uitvoerend orgaan boven een rechterlijk orgaan binnen het wereldvredebouwwerk – gold overigens ook al voor de voorloper van de Verenigde Naties, de Volkenbond, waarvoor Kelsen destijds voorstellen heeft gedaan om deze fout te repareren. Door deze reparatievoorstellen opnieuw onder de aandacht te brengen en toe te passen op het huidige gebrekkige VN-bouwwerk, hoopt dit proefschrift een bescheiden bijdrage te leveren aan de bevordering van de vrede in de wereld. Of een wereldstaat nu haalbaar en wenselijk is of niet, de wereldvrede zal evenmin deels of in relatieve zin worden behaald zonder de eerste noodzakelijke stap te zetten.

Bovenal hoop ik met dit proefschrift bij te dragen aan een herwaardering van Kelsens positivistische rechtsfilosofie door te tonen dat men het ondergewaardeerde doch wezenlijke aspect van zijn juridisch pacifisme als de (stilzwijgende, ethische) betekenis van de Zuivere Rechtsleer kan begrijpen. De concepten recht en vrede zijn bij Kelsen zo sterk gerelateerd dat men het ene concept niet geheel kan begrijpen zonder het andere, waarbij ik er nogmaals op wil wijzen dat men een nog betekenisvoller begrip van zijn denken over recht en vrede bereikt wanneer men ook zijn concept van democratie – die de politieke vrede in de samenleving kan waarborgen – bij het geheel betreft. Hoewel ik er door lezing van Kelsens

werk van overtuigd ben dat vrede dé stilzwijgende grond(voor)waarde is voor de rechtsgeldige en relatief rechtvaardige rechtsorde, ken ik er toch ook geen te hoge waarde aan toe. De waarde van vrede die het positieve recht kan realiseren is slechts een vanzelfsprekende doch geen noodzakelijke of voldoende voorwaarde voor een dergelijke rechtsorde. Dat dit ook voor de hoog ontwikkelde rechtsstaat geldt, is bekend, maar laat Kafka in *Het Proces* op indringende wijze zien wanneer hoofdpersoon Josef K. op een morgen door overheidsdienaren wordt gearresteerd:

K. leefde toch in een rechtsstaat, overal heerste vrede, alle wetten werden gehandhaafd, wie durfde hem in zijn woning te overvallen?¹⁷

Of, om in de stijl van Wittgenstein af te sluiten: de Zuivere Rechtsleer toont hoe weinig er in ethische zin is verricht door het ‘zuiver’ juridische probleem van vrede op te lossen.¹⁸

¹⁷ Kafka 1983, p. 13.

¹⁸ Vgl. Wittgenstein 1961, voorwoord.

