

Tilburg University

Vrede en recht

Hirsch Ballin, Ernst

Publication date:
2022

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

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hirsch Ballin, E. (2022). *Vrede en recht*. Tilburg University.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

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

Vrede en recht



Afscheidsrede van
Prof. dr. Ernst M. H. Hirsch Ballin

Prof. dr. Ernst M. H. Hirsch Ballin (geboren in Amsterdam, 1950) sluit met deze afscheidsrede zijn werk als universiteitshoogleraar in Tilburg af. Hij startte aan deze universiteit in 1981 als hoogleraar staats- en bestuursrecht. In latere periodes doceerde hij internationaal recht en wetgevingsvraagstukken, en vanaf 2011 Nederlands en Europees constitutioneel recht. Zijn opleiding als jurist genoot hij aan de Universiteit van Amsterdam, waar hij in 1979 cum laude promoveerde tot doctor in de rechtsgeleerdheid op het onderwerp 'Publiekrecht en beleid'. Aan diezelfde universiteit was hij van 2011-2020 in deeltijd hoogleraar rechten van de mens. Sinds 2005 is hij lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen.

Zijn loopbaan in het recht beperkte zich niet tot onderwijs en onderzoek. Hij vervulde rechterlijke functies in de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, en taken in maatschappelijke organisaties, waaronder Cordaid en de Anne Frank Stichting. Ook maakte hij deel uit van verscheidene adviesraden en adviescommissies, waaronder tot en met 2021 de Adviesraad Internationale Vraagstukken en thans nog de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Enkele malen werd zijn wetenschappelijke loopbaan onderbroken door de vervulling van politieke ambten als minister van Justitie (1989-1994 en 2006-2010, de eerste periode gevolgd door het lidmaatschap van de Tweede, later de Eerste Kamer) en minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2010).

Tot zijn meest recente boekpublicaties behoren *Waakzaam burgerschap: Vertrouwen in de democratie en rechtsstaat herwinnen* (Querido Facto 2022) en de bundel met een selectie uit zijn wetenschappelijk werk 'Recht doorgronden' (Boom juridisch 2022). Samen met Eric Janse de Jonge en Gert-Jan Leenknecht redigeerde hij het grote commentaar *Uitleg van de Grondwet* (Boom juridisch 2021, herziene studenteneditie 2022). In het Engels verschenen laatstelijk *Advanced Introduction to Legal Research Methods* (Edward Elgar 2020) en *Trust Beyond Borders: Selected Papers on the Significance of Human Rights and the Rule of Law* (Eleven 2022).

Vrede en recht

Prof. dr. Ernst M. H. Hirsch Ballin

Afscheidsrede,

verkort uitgesproken ter gelegenheid van zijn afscheid als universiteitshoogleraar
aan Tilburg University op 13 mei 2022

© 2022 Ernst M. H. Hirsch Ballin
ISBN 978-94-6167-470-8

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur.

www.tilburguniversity.edu/nl

Vrede en recht

I Inleiding

Mijnheer de Rector Magnificus,
Excellenties,
Geachte bestuurderen,
Beste collega's, studenten, familie, vrienden en andere gasten,

Het is niet zo dat ik het onderwerp van deze afscheidsrede vele maanden geleden met vooruitziende blik heb gekozen. De eerste woorden ervan schreef ik pas op 7 maart; tot dan was ik van plan om te spreken over 'Vooruitgang in de rechtswetenschap', maar ik stelde mij voor dat terwijl in Europa een gruwelijke oorlog woedt, bij u (net als bij mijzelf) dan onvermijdelijk meteen een prangende vraag zou opkomen: *hoezo* vooruitgang, nu elders in Europa stelselmatig het recht wordt geschonden, misdrijven worden begaan met onnoemelijk leed als gevolg? Natuurlijk kan ik erop wijzen dat het zou zijn gegaan over vooruitgang in de *wetenschap* van het recht, niet in het recht zelf. En vooruitgang in de rechtswetenschap is er zeker: dat onderwerp zal binnenkort aan de orde komen in een essay voor het Thijmgenootschap.

Vooruitgang in het *recht* is er trouwens in allerlei opzichten ook, soms met vallen en opstaan, bijvoorbeeld in het bestuursrecht en in de erkenning van Europese fundamentele rechten. Maar daar waar dat niet zo is, behoort het tot onze taak als onderzoekers te doorgronden waar en hoe de rechtsontwikkeling faalt, zoals internationaal het geval is: nu mensen het recht wordt ontzegd in vrede te leven. Is de oorlogstoestand in Europa enkel het gevolg van een gebrek aan eerbied voor het recht, of ook van scheefgroei in de rechtsontwikkeling? Die vraag mogen juristen niet uit de weg gaan. In mijn colleges en publicaties heb ik eraan herinnerd dat juristen hun kennis vaak in dienst hebben gesteld van onrecht, zoals Roland Freisler, de razende en tierende president van het *Volksgerichtshof* dat in de Nazitijd duizenden doodvonnissen velde, die in 1922 in Jena *summa cum laude* was gepromoveerd tot doctor in de rechtsgeleerdheid.¹ Vladimir Poetin is in 1975 afgestudeerd in de rechtsgeleerdheid aan de Staatsuniversiteit in (destijds) Leningrad, waarna hij bij de KGB in dienst trad.² En soms kijken juristen 'alleen maar' de andere kant op. De leden van de Hoge Raad werkten eind 1940 mee aan de invoering van de Ariërverklaring, ondanks het feit dat dit het ontslag van hun

¹ Walter Pauly & Achim Seifert, *Promotion eines furchtbaren Juristen: Roland Freisler und die Juristische Fakultät der Universität Jena*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020.

² Bill Bowring, *Putin's dissertation and the revenge of RuNet, Open Democracy 2014*, <https://www.open-democracy.net/en/odr/putins-dissertation-and-revenge-of-runet/>

eigen president zou meebrengen. Deze vooraanstaande juristen lieten de kans lopen, te markeren dat de bezetter met zulke maatregelen de volkenrechtelijke begrenzings van zijn bevoegdheid overschreed.³ Met het instrument van deze verklaring ontnam de bezetter Joodse ambtenaren om te beginnen hun functie, en spoedig daarna ook hun andere rechten, waaronder dat op leven.⁴ De stakende Amsterdamse havenarbeiders hadden in februari 1941 een beter begrip van recht en onrecht.

Hoogopgeleid zijn in de instrumentele techniek van hun vak kan juristen vervreemden van de medemenselijkheid die recht moet kenmerken. Dat is de reden om in een rechtswetenschappelijke studie aandacht te vragen voor de constitutionele grondslagen van rechtsstelsels, kritisch onderzoek te doen naar toegedekte machtsverhoudingen, en de rechtsontwikkeling door het prisma van de mensenrechten te onderzoeken.⁵ Er is ook zoiets als een orthopedagogiek van het recht. De kern daarvan is, duidelijk te maken hoe het recht moet zijn geconstitueerd om erop te kunnen vertrouwen en misbruik ervan tegen te gaan. *Vertrouwen op het recht* was de titel van de rede waarmee ik op deze plaats op 2 april 1982 het hoogleraarsambt aanvaardde,⁶ *Vrede en recht* de titel van de rede waarmee ik vandaag afscheid neem.

³ Daarover nader in mijn *Tegen de stroom: Over mensen en ideeën die hoop geven in benarde tijden*, Amsterdam / Antwerpen: Querido 2016, p. 43-44.

⁴ Corjo Jansen m.m.v. Derk Venema, *De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog – Recht en rechtsbeoefening in de jaren 1930-1950*. Amsterdam: Boom 2011, p. 92-94. Zie over deze periode ook P.E. Mazel, *In naam van het Recht... De Hoge Raad en de Tweede wereldoorlog*. Arnhem: Gouda Quint 1984.

⁵ Dat is ook de thematiek van mijn *Advanced Introduction to Legal Research Methods*, Cheltenham / Northampton MA: Edward Elgar 2020.

⁶ *Vertrouwen op het recht: Over de plaats van de wet in de rechtsorde*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982; bewerkte versie getiteld 'Het grondrecht op vrijheid en de wet' in *Rechtsstaat en beleid: Keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 163-208.

2 Recht vereist vrede,
vrede vereist recht

bevestigden de Russische Federatie, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk de onafhankelijkheid en soevereiniteit van deze drie staten binnen hun bestaande grenzen. Al die akkoorden en verdragen zijn door deze oorlog flagrant geschonden.¹⁰

Terwijl dus het internationale recht normatief steeds duidelijker is geworden over de fundamentele onrechtmatigheid van agressie en aanvallen op de burgerbevolking, ontbeert het de middelen om deze normen effectief te handhaven tegenover agressoren.¹¹ Dat scherpt ons nog eens extra in dat de werkzaamheid van rechtsnormen afhangt van hun constitutionele verankering in een rechtsorde die een gemeenschap bijeenhoudt. Dat kan een nationale gemeenschap zijn, maar – dachten we, en hopen we nog steeds – ook de ‘internationale gemeenschap’. Die manifesteerde zich in 1945 in Neurenberg en Tokio met de bestraffing van misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de mensheid, begaan door het Duitse Naziregime en het Japanse imperialistische regime, echter pas na onnoemelijk menselijk leed en de militaire nederlaag van deze regimes.¹² Deze weg is vervolgd onder meer met de instelling van het Internationaal Strafhof bij het Statuut van Rome van 1998. Na lange onderhandelingen werd daaraan de definitie van het kernmisdrijf van agressie toegevoegd. Dat was de uitkomst van de conferentie van aangesloten staten in 2010 te Kampala, waar ik uit hoofde van mijn toenmalige functie ons land vertegenwoordigde.¹³ Maar toen al was duidelijk waarin de kwetsbaarheid van deze aanvullende overeenkomst was gelegen: met een beroep op soevereiniteit wordt de bindende kracht van het internationale recht nog steeds afhankelijk gemaakt van instemming door de staten waaraan verplichtingen worden opgelegd.¹⁴ Als de aanvaarding van deze verplichtingen overal via kiezersuitspraken aan regeringen zou worden opgedragen, zou de wereld er

¹⁰ Memorandum on Security Assurances in connection with the Republic of Belarus'/Republic of Kazakhstan's/Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Budapest, 5 December 1994.

¹¹ Göran Sluiter, 'Het strafrechtelijke antwoord op de oorlog in Oekraïne', blog 9 maart 2022, *Nederland Rechtsstaat*, <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/het-strafrechtelijke-antwoord-op-de-oorlog-in-oekraïne/>.

¹² Jan Klabbbers, *International Law*, 3de druk, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2021, p. 240.

¹³ *Kamerstukken II 2009/10*, 28 498, nr. 22 (brief van de ministers van Buitenlandse Zaken en van Justitie van 12 juli 2010).

¹⁴ En dat zal wel zo blijven. Vgl. Mark Mazower, *Governing the World: The History of an Idea*, London: Pinguin 2013.

heel wat vreedzamer uitzien. Staten die als democratische rechtsstaat zijn geconstitueerd, gaan niet met elkaar in oorlog.¹⁵ Onze Grondwet committeert zich in artikel 90 expliciet aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.¹⁶

Waarschijnlijk delen u en ik, wij hier bijeen, de intuïtie dat vrede en recht intrinsiek met elkaar verbonden zijn, zeker wanneer we recht substantieel opvatten, als *justice*, dus niet enkel als *law*. Het gaat immers niet om een formeel begrip van recht als juridische regeltechniek, maar om recht dat zich naar inhoud en vorm onderscheidt van onrecht als zijn tegenpool; in het spraakgebruik bijvoorbeeld ‘iemand recht doen’, *doing justice to someone*. Zoals recht zich verhoudt tot onrecht, zo verhoudt vrede zich tot oorlog, zouden we in het verlengde hiervan willen zeggen – en juist nu hebben we voor ogen hoeveel misdadig onrecht uit de oorlog in Oekraïne is voortgekomen. *Wederom* helaas, want dat gold bijvoorbeeld ook voor de niet minder wrede oorlog in Syrië, al was Syrië voor velen hier een andere wereld.

‘Recht en vrede begroeten elkaar met een kus’, was het visioen van de Psalmist (85:10b). Recht omvat in het begrip van de Hebreeuwse Bijbel altijd compassie, in het bijzonder jegens degenen die onderdrukt zijn (Ps. 146:7-9). Vrede duidt op een gezegend leven in gemeenschap met God, mensen en natuur.¹⁷ Maar wie denkt dat met tweeduizend jaar verbreiding van het christendom oorlog steeds minder werd aanvaard in de relaties tussen volkeren, komt bedrogen uit. Over ‘onrecht’ wordt weliswaar altijd afkeurend gesproken (reden waarom onrecht door de grootste boeven als recht wordt voorgesteld en met hulp van gewillige juristen in juridische termen uitgeschreven). Toch wordt oorlog maar al te vaak in een heroïsche duiding voorgesteld als middel om onrecht te bestrijden. ‘Heilige oorlogen’ zoals kruistochten en gewapende jihad zijn daarvan voorbeelden. De

¹⁵ Spencer R. Weart, *Never at War: Why Democracies Will Not Fight One Another*, New Haven / London: Yale University Press 1998. Immanuel Kant wees al 1795 op de samenhang tussen oorlog en staatsvorm; zie noot 34.

¹⁶ Deze bepaling geldt ingevolge artikel 3 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden voor het Koninkrijk als geheel. Zie over ontstaan en betekenis E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Artikel 90 Bevordering internationale rechtsorde’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G. Leenknecht, *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 877-882; Engelse vertaling ‘Article 90 of the Constitution of the Kingdom of the Netherlands’, in: Ernst Hirsch Ballin, *Trust Beyond Borders: Selected Papers on the Significance of Human Rights and the Rule of Law*, The Hague: Eleven 2022, p. 299-306.

¹⁷ David Moe, ‘Justice and peace will kiss each other’, in *The Presbyterian Outlook August 12, 2016*, <https://pres-outlook.org/2016/08/justice-peace-will-kiss/>.

grenzen van zelfverdediging zijn niet altijd scherp wanneer preventie daartoe wordt gerekend. Ook in de huidige Russische agressie speelt een perverse 'heiliging' een rol. Oorlog en geweld worden met zulke motiveringen cynisch geïnstrumentaliseerd en genormaliseerd.

3 Morele en juridische begrenzing van oorlogen

Wat het christendom wél heeft voortgebracht is het stellen van vragen over oorlog en vrede als een *morele* vraag. Van een normalisering van oorlog was zeker geen sprake bij de grote 13^{de}-eeuwse theoloog en filosoof Thomas van Aquino: hij zag vrede als de moreel wenselijke conditie, hoeveel oorlogen er ook in zijn tijd werden gevoerd: 'vrede is het onmiddellijke resultaat van caritas, want liefde is een verenigende kracht.'¹⁸ Oorlog was in zijn ogen niet normaal. De startvraag van zijn exposé over dit onderwerp was namelijk de vraag of oorlog altijd zondig is.¹⁹ Nee, niet altijd, is de strekking van zijn betoog, want onder strikte voorwaarden kan oorlog gerechtvaardigd zijn: een onder legitiem gezag ten strijde trekken voor een rechtvaardige zaak – in reactie op gepleegd onrecht – mits de vorst daartoe met zuivere bedoelingen opdracht geeft (*auctoritas principis, causa iusta, recta intentio*), naast het noodzakelijke en proportionele gebruik van geweld ter zelfverdediging, bijvoorbeeld tegen plunderingen.²⁰

Deze boodschap was gericht tot de heersers van die tijd. Thomas wees de gedachte van oorlogsvoering als een soort militair duel af. Te zeggen dat het doel in zijn gedachtegang het middel van de oorlog zou kunnen heiligen, gaat eigenlijk al te ver. Zijn betoog kwam erop neer dat een gerechtvaardigd doel het middel van de oorlog niet-zondig zou maken, wat uiteraard niet hetzelfde is als heilig. Thomas' leer van de slechts onder omstandigheden gerechtvaardigde oorlog (*bellum iustum*) heeft lang doorgewerkt. Francisco de Vitoria en anderen die op Thomas voortbouwden, verlegden het accent van de deugdenethiek naar dat van het recht.²¹ Meer en meer kregen rationalisering van de oorlog invloed. Grotius, onze Hugo de Groot, nam een tussenpositie in. Mijn collega Randall Lesaffer beschrijft die als dualistisch: enerzijds bevestigde Grotius het morele appel aan de heersers, anderzijds zag hij zulke normen ook als resultaat van rationele analyse: het *ius gentium* dat ieder redelijkerwijs moet aanvaarden.²²

¹⁸ *Summa Theologiae* II.II, qu. 26, art. 3, ad 3.

¹⁹ Zie over de betekenis en de doorwerking van deze tekst tot op heden Gregory M. Reichberg, *Thomas Aquinas on War and Peace*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

²⁰ *Summa Theologiae* II.II, qu. 40, art. 1; II.II, qu. 69, art. 4. Gregory M. Reichberg, *Thomas Aquinas on War and Peace*, p. 32, p. 154, p. 192, p. 193

²¹ Reich, a.w., p. 79; Annabel Brett, 'Francisco de Vitoria (1483-1546) and Francisco Suárez (1548-1617)', p. 1087 in: Bardo Fassbender & Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 1086-1091.

²² Randall Lesaffer, 'The Laws of War- and Peace-Making', p. 445, p. 450, in: Randall Lesaffer & Janne E. Nijman, *The Cambridge Companion to Hugo Grotius*, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2021, p. 433-456.

De morele begrenzing van oorlog behield, min of meer geseculariseerd, tot in de 19^{de} en 20^{ste} eeuw veel invloed, en heeft die ook heden ten dage. Sinds de Verlichting, onder invloed van schrijvers als Thomas Hobbes (1608-1679), werd deze morele begrenzing van oorlog verdrongen door ‘realistische’ theorieën die militaire macht en het occuperen van ‘ruimte’ door staten als normaal beschreven, dit in tegenstelling tot het latere idealisme van Immanuel Kant. In de 18^{de} eeuw legitimeerde de Zwitserse diplomaat Emer de Vattel preventieve oorlog als middel tot verdediging tegen een vijand, niet meer beperkt door eisen van evenredigheid. De bevoegdheid oorlog te voeren hoorde bij soevereiniteit.²³

Het ordelijk verloop daarvan, van oorlogsverklaring tot vredesverdrag, werd het *ius publicum Europaeum*, dat Carl Schmitt in 1950 in haast nostalgische termen beschreef. Oorlog is de strijd tegen een vijand – zo zag hij ook binnenlandse politiek – weliswaar met militaire middelen, maar niet gericht op vernietiging van de vijand.²⁴

Het Verdrag van Versailles (1919) was in de ogen van Schmitt een breuk met dit *ius publicum Europaeum*, omdat het ontketenen van een oorlog in dat verdrag als een misdrijf werd aangemerkt.²⁵ Inderdaad was de Eerste Wereldoorlog de laatste van de oorlogen die in Europa vele eeuwen lang waren uitgevochten omdat de vorsten hun invloed territoriaal wilden uitbreiden of behouden, sinds de 19^{de} eeuw in ideologische verbinding met nationalistische en racistische gevoelens van superioriteit. De vanaf het eind van de 18^{de} eeuw ontwikkelde ‘Ordnungsidee Nation’²⁶ bleef dominant onder veranderde en uiteenlopende politieke condities.²⁷ De ‘Landnahme’, zoals Schmitt die noemt, kon voortgaan in andere werelddelen met in de kolonialistische opvatting onverdeelde ruimte.²⁸ Europese regeringen coördineerden de slotfase van de usurpatie van Afrika nog ongegeneerd in de conferentie van Berlijn (1884-1885). Buiten Europa was

²³ Reichberg, *a.w.*, p. 215-220; Emmanuelle Jouanet, ‘Emer de Vattel (1714-1767)’, in: Bardo Fassbender & Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, p. 1118-1121.

²⁴ Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4de druk, Berlin: Duncker & Humblot 1997, p. 114.

²⁵ *A.w.*, p. 206. Volkenrecht is in zijn opvatting uitsluitend het recht dat tussen soevereine staten geldt; personen hebben hier geen eigen plaats meer in omdat zij behoren tot de interne sfeer van de staat waarvan zij onderdaan zijn.

²⁶ Dieter Langewiesche, *Der gewaltsame Lehrer – Europas Kriege in der Moderne*, München: C.H. Beck 2019, p. 19.

²⁷ *A.w.*, p. 83, p. 211, p. 275.

²⁸ *A.w.*, p. 16, p. 112.

rond 1900 de ideologie van een ‘sozialdarwinistisch-rassistisch verstandener internationaler Liberalismus’ maatgevend.²⁹ Deze denkwijze had een taai leven en werkte in de hele twintigste eeuw en ook daarna nog door. Dat geldt zowel voor het kolonialisme als voor het nationalisme, en in het bijzonder voor de agressieve verbinding tussen die twee die we kennen als imperialisme.³⁰ Armin von Bogdandy wijst erop dat Schmitt ‘den nationalstaatszentrierten Ansatz’ in zijn begrip van het politieke heeft geradicaliseerd en zelfs daarop, vijf jaar na de Tweede Wereldoorlog, een nationalistisch, ‘Europees’ juridisch denken wilde baseren dat in schril contrast stond met de destijds ontlukende Europese integratie.³¹

Een verdere ontwikkeling kwam daaruit voort dat het enorme menselijke lijden als gevolg van oorlogen tot de publieke opinie doordrong – althans in Europa, want het immense leed door koloniale repressie in andere continenten bleef vrijwel onopgemerkt.³² In 1859 maakte de door Oostenrijk, Frankrijk en Sardinië uitgevochten slag bij Solferino zoveel slachtoffers – doden, gewonden, en vermisten – dat ooggetuigen zoals Jean-Henri Dunant het initiatief namen voor beperking en leniging van het lijden. Het Internationale Rode Kruis en de Conventies ter beperking van methoden van oorlogsvoering en bescherming van de burgerbevolking zijn daaruit voortgekomen (thans de Conventies van Genève van 1949). Dit deel van het internationale recht wordt het humanitaire recht genoemd, dat van toepassing is in gewapende conflicten. In dezelfde geest werkte Florence Nightingale, ter leniging van het lijden in de Krimoorlog van 1854, en Bertha von Suttner bij de Russisch-Turkse oorlog van 1877-1878.

²⁹ J. Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt – Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, München: C.H. Beck 2009, p. 735.

³⁰ Akbar Rasulov, ‘Imperialism’, p. 440-441, in: Jean d’Aspremont & Sahib Singh, eds., *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham / Northampton MA: Edward Elgar, 2019, p. 422-446.

³¹ Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts – Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin: Suhrkamp 2022, p. 80, p. 427.

³² Rekenschap van dit Eurocentrisme geeft zich Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2002. Vgl. Arnulf Becker Lorca, ‘Eurocentrism in the History of International Law’, in: Bardo Fassbender & Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, p. 1034-1057.

Bertha von Suttner liet het daar niet bij.³³ Zij zette zich ook in voor een onderstroom in het Europese denken over vrede en recht, waaraan Immanuel Kant al in 1795 uitdrukking had gegeven in zijn essay ‘Zum ewigen Frieden’. Kant had zich gekeerd tegen de opvatting dat de soeverein zou mogen beschikken over oorlog en vrede. Dat zou aan de staatsburgers moeten zijn voorbehouden, want het leed en de schade van oorlogen daalt op hen neer. *Zum ewigen Frieden* geldt tot op heden als het ijkpunt van theorieën van de democratische vrede;³⁴ daaraan doet niet af, zoals Willem van der Kuijlen en Thomas Mertens terecht constateren, dat delen van zijn oeuvre door stuitend racisme worden ontsierd.³⁵ Zouden democratieën zich wereldwijd met elkaar verbinden, dan zouden ze een eind maken aan oorlogen. Kants opvattingen werden echter tot ver in de 19^{de} eeuw als naïef gezien en genegeerd. Pas de door personen als Bertha von Suttner gelegde verbinding tussen ervaringen en inzichten bracht veranderingen in het collectieve bewustzijn op gang.

Dit stimuleerde tot de derde en meest fundamentele 19^{de}-eeuwse ontwikkeling inzake vrede en recht, namelijk het streven om oorlogsvoering in het internationale recht aan banden te leggen. Bertha von Suttner zag oorlog als een misdrijf en stimuleerde met hulp van onder anderen Tobias Asser het werk van de in 1895 en 1907 in Den Haag gehouden Internationale Vredesconferenties.³⁶ De sindsdien tot stand gekomen verdragsrechtelijke beperkingen en verboden vormen de basis van het huidige internationale recht ter verzekering van duurzame vrede. De instelling van het Permanente Hof van Arbitrage in 1899 en van het Permanente Hof van Internationale Justitie in 1920 behoorden tot de resultaten van deze beweging: arbitrage en rechtspraak dienden het alternatief

³³ Janne E. Nijman, ‘Bertha von Suttner: Locating International Law in Novel and Salon’, in: Tallgren, I. (ed.), *Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces?*, Oxford (UK): Oxford University Press, forthcoming 2022.

³⁴ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden und Auszüge aus der Rechtslehre – Kommentar von Oliver Eberle en Peter Niesen*, Berlin: Suhrkamp 2011, p. 21. Vgl. het commentaar in deze editie door Eberle en Niesen, p. 89-216, die onder meer ingaan op het door de Irak-oorlog en humanitaire interventies opgeroepen vraagstuk van *failed states* en preventieve oorlogen. Zie ook Ulrich Menzel, *Zwischen Idealismus und Realismus – Die Lehre von den Internationalen Beziehungen*, Berlin: Suhrkamp 2001, p.15-24. Over de actuele betekenis van Kants vredetheorie sprak ik eerder in mijn 5 mei-lezing 2013 ‘Een verbond van vrijheid’ (<https://www.4en5mei.nl/app/uploads/2021/09/5-mei-lezing-2013-ernst-hirsch-ballin.pdf>) en het daarop gebaseerde gedeelte van *Tegen de stroom* (a.w., p. 133-135).

³⁵ Willem van der Kuijlen & Thomas Mertens, ‘Was Immanuel Kant een racist? Zwart, witten, hinnen en hindoes’, in: *De Groene Amsterdammer* 35/2021, 1 september 2021, <https://www.groene.nl/artikel/zwart-witten-hinnen-en-hindoes>.

³⁶ Vgl. Arthur Eyffinger, T.M.C. Asser (1838-1913) ‘*In Quest of Liberty, Justice, and Peace*’, Vol. 2, Leiden / Boston: Brill Nijhoff 2019, p. 1379.

te vormen voor het uitvechten van geschillen tussen staten. In 1922 werd de Nederlandse Grondwet verrijkt met de bepaling dat de regering geschillen met andere staten moet trachten 'op te lossen door rechtspraak en andere vreedzame middelen.'³⁷ Het duurde echter tot 1928 voordat in Parijs het verdrag tot stand kwam dat oorlog als instrument van internationale politiek in de ban deed.³⁸ Naast en in veler ogen in plaats van de morele afkeuring van oorlog kwam nu de onrechtmatigheid van oorlog voorop te staan, met name van aanvalsoorlogen en oorlogen met verboden middelen.

Deze grote sprong voorwaarts in de ontwikkeling van het internationale recht is echter behept met een inconsistentie, waarop ik in mijn betoog, als bescheiden bijdrage aan kritisch rechtswetenschappelijk onderzoek, de aandacht wil richten omdat die het huidige falen verklaart zonder het te excuseren. Internationaal recht wordt te vaak bestudeerd als door diplomatie voortgebracht recht, het recht dat voortkomt uit een van de interne rechtsontwikkeling losgezongen denkwereld. Voor degenen die deze rede lezen met een methodologische interesse, expliciteer ik alvast dat wat hier aan de orde is, de constitutionele verhouding betreft tussen de externe relaties tussen staten in het internationale recht en hun interne gesteldheid, al dan niet – en meer of minder – als rechtsstaat. En voor degenen die deze rede lezen met een constitutioneelrechtelijke interesse, expliciteer ik alvast dat we hier te maken hebben met het voor de mensheid nijpende probleem van de stagnerende internationale constitutionele rechtsontwikkeling, dat naast – en in samenhang met – de verzekering van vrede in het bijzonder de werkzaamheid van de rechten van de mens raakt.

Wat ik hierbij wil beklemtonen is dat al zulke jaartallen en gebeurtenissen geen scheidingslijnen markeren tussen tijdvakken en bijbehorende denkwerelden. Nieuwe denkvormen lichten al op voordat ze goed en wel worden begrepen, zoals Bertha von Suttner's radicale kritiek op krijgsvvoering. Oude opvattingen werken door, al zijn ze juridisch achterhaald, of vermengen zich met de nieuwe. De bewegingen die in de tweede helft van de 19^{de} eeuw de afschaffing van de slavernij, het begin van internationaal humanitair recht en de Haagse Vredesconferenties

³⁷ Artikel 57, eerste volzin. Hiervoor kwam in 1953 het huidige artikel 90 in de plaats, dat de regering verplicht de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen.

³⁸ Algemeen verdrag inzake het afwijzen van oorlog als instrument van nationaal beleid (Kellogg-Briand-Pact), 27 augustus 1928, League of Nations Treaty Series 1929, 233.

bewerkstelligden, waren wel een ‘morele correctief op het normatieve minimalisme’ tussen staten, maar hadden slechts beperkte impact op de machtspolitiek van de grote mogendheden. Consensus was er wel over apolitieke, technisch georiënteerde internationale normering, zoals die in de Internationale Postunie, maar de reële internationale betrekkingen volgden de oude patronen van machtsstrijd met alle middelen.³⁹

Noch de Eerste Wereldoorlog, noch een terugval in oude patronen amper tien jaar daarna is voorkomen door de ‘geest van Den Haag’. Volgens de historicus Jürgen Osterhammel veranderde die het denken van de politieke besluitvormers niet noemenswaardig.⁴⁰ De verdragen van Versailles en andere Parijse voorsteden⁴¹ waren, nog afgezien van de onwijs rigoureuze afrekening met de verslagen staten,⁴² de uitkomst van een poging de nieuwe internationale orde te bouwen op de erkenning van etnische groepen. De veelvolkerenstaten moesten plaats maken voor ‘nationale staten’, overeenkomstig het door de Amerikaanse President Woodrow Wilson als richtsnoer uitgedragen principe van zelfbeschikkingsrecht.

Het in feite onoplosbare probleem dat zoveel volkeren vooral in Midden-Europa door elkaar woonden, trachtten de ‘Peacemakers’ op te lossen door eigengereid grenzen te trekken tussen volkeren. Het was vragen om moeilijkheden, grote aantallen mensen als minderheid onder te brengen in een land dat wordt gecontroleerd door een meerderheidsvolk dat dat land als het zijne beschouwde.⁴³ Dat werd wel gemitigeerd door garanties onder auspiciën van de Volkenbond voor minderheden (voor zover ze niet werden verdreven) en plebiscieten over enkele omstreden grensgebieden, maar leidde tot een doos van Pandora van

³⁹ J. Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts* (a.w.), p. 725-735.

⁴⁰ A.w., p. 731.

⁴¹ Margaret MacMillan, *Peacemakers: Six Months that Changed The World*, London: John Murray 2001.

⁴² ‘That burden was much heavier than traditional war indemnities. Altogether it was a discriminating peace.’ P. Peter Krüger, ‘From the Paris Peace Treaties to the end of the Second World War’, in: Bardo Fassbender & Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 679-698 (citaat p. 686).

⁴³ Zie Margaret Macmillan, *Peacemakers: Six Months that Changed the World*, London: John Murray Publishers 2001, p. 36-39. ‘In Paris, the peacemakers responded to the destabilizing forces of European nationalism by creating new and enlarged national states to succeed the four multinational empires and by laying down an international system to protect national minorities living within these states’, aldus Janne E. Nijman, ‘Minorities and majorities’, in: Bardo Fassbender & Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 95-119 (citaat p. 111). Zie ook Anna Meijknecht, ‘Minority protection systems between World War II and II World War II’, in: R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

nieuwe spanningen. De gevolgen van het in 1919 aanvaarde paradigma voor minderheden, staatlozen en verdrevenen, zijn door Hannah Arendt aan de kaak gesteld in haar boek over *The Origins of Totalitarianism*.⁴⁴

Door hun collectivisme bestendigden de verdragen van 1919-1920 de ellende die de confrontatie tussen nationalisme en imperialisme vanaf de 19^{de} eeuw had aangericht, overal in Europa en het Midden-Oosten waar een multi-etnische demografie die confrontatie voedde.⁴⁵ De reële effecten van de oude denklijnen bleken groter en sterker dan de morele en juridische correctieven.

⁴⁴ Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism (New edition with added prefaces)*, New York: Harcourt 1994, p. 269-289 (Ch. 9-1); Marco Goldoni & Christopher McCorkindale, eds., *Arendt and Law*, London/ New York: Routledge 2017, p. 542.

⁴⁵ Zie over de doorwerking in de tijd na 1990 R. Kaplan, *Balkan Ghosts: A Journey Through History*, Boston: Macmillan 2005.

4 Een nieuw internationaalrechtelijk paradigma

Op dit punt werd in 1945 een fundamenteel andere weg ingeslagen: genocide als uiterste manifestatie van nationalistische superioriteitsgevoelens was een vermaning aan de mensheid geworden. In reactie op falende bescherming van nationale minderheden in het interbellum en het fiasco van pogingen om hulp te bieden aan in Nazi-Duitsland vervolgte joodse inwoners, kwam nog tijdens de Tweede Wereldoorlog een bezinning op gang.⁴⁶ Effectieve bescherming van ieders fundamentele rechten, waar ook ter wereld, vrijheidsrechten zowel als sociale rechten, was het thema van de beroemde *Four Freedoms Speech* van de Amerikaanse president Franklin D. Roosevelt begin 1941. De ‘freedom from fear and want’ kwam terug als een van de doeleinden voor een betere wereld in het Atlantic Charter van 14 augustus 1941. Roosevelt verplichtte zich in 1941 samen met Winston Churchill ertoe de oorlogsinspanningen te richten op een wereldorde van vrede. Dit leidde via onder andere een Verklaring van de Verenigde Naties van 1 januari 1942 en de Dumbarton Oaks Proposals van 1944 tot het Handvest van de Verenigde Naties van 25 juni 1945.

De medewerking van de Sowjet-Unie had echter een hoge prijs: in de conferentie van Jalta in februari 1945 werd haar een invloedssfeer verzekerd die de vrijheid van vele landen langdurig beperkte. Toen werd ook de *Voting Formula* afgesproken die vetorecht in de Veiligheidsraad omvatte.⁴⁷ Uit deze en andere afspraken van Jalta bleek al de ambivalentie van de naoorlogse wereldorde, waarmee zij behept is gebleven: de grote mogendheden konden imperialistische ambities binnen hun invloedssferen blijven najagen.

De preambule van het VN-Handvest verwoordde desalniettemin de nieuwe uitgangspunten van de nieuwe internationale rechtsorde:

‘We the Peoples of the United Nations determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and to establish conditions

⁴⁶ Péter Kovács, The Protection of Minorities under the Auspices of the League of Nations, in Diana Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 325-341 (p. 341).

⁴⁷ Alfred Verdross & Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Geschichte*, Berlin: Duncker & Humblot 1984, p. 70-71.

under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and to promote social progress and better standards of life in larger freedom, [...]

In tegenstelling tot de ‘collectively-asserted rights’ van Versailles ter bescherming van minderheden accepteerden de overwinnaars van 1945 een nieuwe verdrijving van bevolkingsgroepen en – pas nadat dit vuile werk was gedaan – bescherming van mensenrechten.⁴⁸ De Organisatie van de Verenigde Naties, die de plaats innam van de Volkenbond, aldus Rianne Letschert in haar Tilburgse dissertatie, ‘renounced the notion of group rights and identity and instead chose for the broader category of individual human rights.’⁴⁹ De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948 gaf uitwerking aan de ‘gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap’ als ‘grondslag [...] voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld’. Dit waren niet alleen mooie woorden bij een nieuw begin, maar ook de bevestiging van het principe, als uitkomst van een genealogisch proces van vele eeuwen, dat de menselijke waardigheid onschendbaar is.

De ontwikkeling van het internationale humanitaire recht, vooral sinds de 19^{de} eeuw, was een belangrijke stimulans voor de internationale verankering van mensenrechten.⁵⁰ De Geneefse Conventies van 1949 maken deel uit van dezelfde internationaalrechtelijke paradigmawisseling. Dat geldt ook, en niet in het minst, voor de in verdragen verankerde plicht om op te treden tegen genocide, foltering en andere misdrijven tegen de mensheid, en de daarbij behorende universele jurisdictie. Het Internationale Strafhof is naar zijn taak en bevoegdheid een orgaan ter bescherming van de rechten van de mens en ter handhaving van het internationale humanitaire recht.

⁴⁸ Tony Judt, *Postwar: A History of Europe since 1945*, New York: Penguin 2005, p. 565: ‘territorial re-grouping (ethnic cleansing as it would be later known)’, waarna ‘Post-1945 rights talk [...] concentrated on individuals.’

⁴⁹ Rianne M. Letschert, *The Impact of Minority Rights Mechanisms*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 12.

⁵⁰ Gerd Oberleitner, ‘Humanitarian Law as a Source of Human Rights Law’, in: Diana Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, p. 275-294.

Deze intrinsieke samenhang van rechten van de mens, humanitair oorlogsrecht en internationaal strafrecht wordt niet altijd voldoende voorzien.⁵¹ De Universele Verklaring was niet alleen reactie op de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog en de Shoah, maar ook op die van de slavernij, kolonialisme en andere oorlogen. In de opstelling ervan speelden naast Eleanor Roosevelt (de weduwe van de President die de *Four Freedoms Speech* had gehouden) de Franse jurist René Cassin, katholiek uit een joodse familie, een grote rol, naast de Libanees Charles Malik, de Chinese confucianist Peng-chun Chang, de Indiër Hansa Mehta, aan wie de geslachtsneutrale formulering te danken is, en de Chileense jeugdvriend van Salvador Allende, de rechter Hernan Santa Cruz. De uiteindelijke gevonden formulering leidde tot aanvaarding in de Algemene Vergadering op 10 december 1948 met stemonthoudingen van de het Sovjet-blok, Zuid-Afrika en Saoedi-Arabië.⁵²

In het internationaalpolitieke krachtenveld staat het sindsdien allengs verder ontwikkelde systeem van mensenrechtenbescherming aan tegenstrijdige kenmerken bloot: aan de ene kant een principiële keuze voor het beschermen van het humanitaire recht; aan de andere kant de door de feitelijke machtsverhoudingen bepaalde bescherming van nationale belangen, waarmee niet veel anders wordt bedoeld dan de vaak gecorrumpeerde positie van heersende groepen. Mensenrechten hebben, aldus Joas, alleen een kans van slagen als ze institutioneel en maatschappelijk worden geschraagd, argumentatief verdedigd en in de praktijk van alle dag verwezenlijkt.⁵³ Deze condities zijn dus voorwaarden voor de constitutionele fundering van het recht als ordening die vrede verzekert. Dat is precies de reden waarom de organisaties die behoren tot de ‘familie’ van Verenigde Naties en internationale NGO’s het niet bij vredesdiplomatie mogen laten, maar ook moeten werken aan toegang tot onderwijs, bestrijding van honger, gezondheidszorg en milieubeheer. Gespecialiseerde organisaties, waaronder Unesco, Unicef, Wereldbank, IAEA, GATT en later WTO zijn de infrastructuur geworden van een internationale rechtsorde met een ongekende graad van institutionalisering. De naleving van de

⁵¹ Vgl. Gerry Simpson, ‘Atrocity, law, humanity: punishing human rights violations’, in: Conor Gearty & Costas Douzinas, *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, New York / Cambridge: Cambridge University Press, p. 114-133.

⁵² Hans Joas, *Die Sakralität der Person - Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin: Suhrkamp 2011, p. 265-281; Engelse vertaling *The Sacredness of the Person - A New Genealogy of Human Rights*, Washington DC: Georgetown University Press 2013, p. 182-191.

⁵³ A.w., p. 281 / 191.

verplichting, de vrede te bewaren, werd niet langer bepaald door de polariteit van moreel besef en militaire macht, maar gestabiliseerd door een reële vervlechting van het lot van de mensheid: een gezamenlijk belang bij het vermijden van een nucleaire wereldramp en bij het functioneren van de voorziening in voedsel en grondstoffen. De institutionalisering van de internationale betrekkingen werd zo in de tweede helft van de twintigste eeuw de belangrijkste factor in de beperking van oorlogen en het vermijden van een allesvernietigende derde wereldoorlog.

5 De incomplete
constitutionalisering
van het internationale recht

Onze kritische verkenning van vrede en recht moet hier voor een methodologisch tussenstapje worden onderbroken. Constitutionele normen constitueren staatsinstellingen en processen van legitieme, heteronome besluitvorming. Ze bepalen aan welke waarden de uitoefening van hun bevoegdheden uitdrukking geeft; in een rechtsstaat zijn dat *voice*, *rights* en *expertise*.⁵⁴ Dat is zogezegd de lakmoesproef van het recht: heeft de norm die een gedraging normeert of een bevoegdheid toekent, een constitutionele grondslag die haar tot een rechtsnorm maakt? In een democratische rechtsstaat gelden de constitutionele waarden van het geven van stem aan de rechtsgenoten, het erkennen van hun rechten, in het bijzonder hun fundamentele rechten, en de vereiste kennis van zaken in zicht.⁵⁵

Veel juristen bekommeren zich niet om de constitutionele basis van het recht dat ze onderzoeken, en worstelen bijvoorbeeld met de vraag welke beperkingen aan de contracteervrijheid tot het recht moeten worden gerekend, en wat niet bindende praktijken zijn zoals *governance codes*. Met de verhouding van juristen tot het constitutionele recht is het vaak als met die van vissen tot het water: ze merken de levensnoodzakelijkheid ervan pas op, als ze zijn opgevist en op het droge liggen. Elk rechtstelsel is geconstitueerd door normen die de bronnen en criteria van zijn gelding bepalen; dat is in essentie het onderscheid tussen *primary* en *secondary rules* in de formele rechtstheorie van H.L.A. Hart.⁵⁶ Dat constituerende deel van het recht kunnen we een ‘constitutie’ noemen als het een hoge graad van dichtheid heeft bereikt, namelijk als het deel van de rechtsorde van een gemeenschap die, de collectieve eenheid van een samenleving representerend, de instituties en procedures regelt voor legitieme, heteronome – dus voor de rechtsgenoten bindende – besluitvorming. Nadat natuurrechtelijke funderingen van het internationale recht in de statenpraktijk waren losgelaten, was het moderne internationale recht volledig afhankelijk geworden van de aanvaarding en bevestiging door de subjecten – de staten – waarvoor het moet gelden.

⁵⁴ Zie mijn *Advanced Introduction to Legal Research Methods*, p. 106.

⁵⁵ Vgl. D. Halberstam, ‘The Promise of Comparative Administrative Law: A Constitutional Perspective on Independent Agencies’, p. 147, in: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth en B. Emerson (red.), *Comparative Administrative Law*, 2de druk, Cheltenham /Northampton MA: Edward Elgar Publishing 2010, p. 139-158.

⁵⁶ Hart onderscheidt tussen de (*primary*) *rules of obligation* en de *als geldingscriteria daaraan ten grondslag liggende (secondary) rules of recognition* (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford / New York, Oxford University Press 1994, p. 91-99).

Ondanks alle huichelachtige adhesie en onverbloemde schendingen heeft vooral sinds 1945 meer en meer de gedachte postgevat dat staten niet alleen zich zelf aan het internationale recht binden, maar er ook *ongeacht* hun wil door gebonden worden, heteronoom dus. Vandaar dat de bestraffing van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid in 1945 kon plaatsvinden in internationale rechtspraak zonder voorafgaand verdrag (wat trouwens nog steeds tot discussies aanleiding geeft⁵⁷). Het lijkt inmiddels maar een kleine stap om uit dit brede bereik van het internationale recht te concluderen dat het voldoende is verzelfstandigd om van zijn ‘constitutionalisering’ te spreken.

In deze bewoordingen wordt er sinds het begin van de 21^{ste} eeuw regelmatig over geschreven. De nogal fluïde discussie over ‘constitutionalisering’ vat tendensen samen die het internationale recht meer zelfstandigheid geven ten opzichte van het politieke proces tussen staten. Die tendensen duiden op een geïntensiverde institutionalisering op verschillende niveaus en een verminderde afhankelijkheid van nationale staten; vandaar de karakteristiek van deze ‘constitutiional global order’ als ‘pluralist’ en ‘multi-level governance’.⁵⁸

Sinds 1945 is het standpunt dat de internationale gemeenschap oorlog heeft afgezworen, talloze malen herbevestigd, onder andere in uitspraken van het Internationale Gerechtshof. Maar als staten de rechtsmacht van dit hof of het Internationale Strafhof afwijzen, of als deviant gedrag wordt gedekt door het gebruik van het vetorecht in de Veiligheidsraad, blijkt dat het internationale recht inconsistent is. Die inconsistentie betreft niet eens per se de gedragsnormen: president Poetin verbood zijn agressie een oorlog te noemen – het was alleen een ‘speciale militaire operatie’ – waarmee hij er op een perverse wijze blijk van gaf het oorlogsverbod te kennen. Waar de inconsistentie wel betrekking op heeft, is de constitutionele basis van de beoordeling wat wel en niet rechtens verboden is, als het gaat om oorlog en vrede. Het Handvest van de Verenigde Naties draagt dit op aan de Veiligheidsraad en het Internationale Gerechtshof, maar de Russische Federatie claimt dit als een soevereine bevoegdheid, bevestigd door haar vetorecht in de Veiligheidsraad. Die opvatting is niet alleen de Russische: de ‘realisten’ in

⁵⁷ Zie Marko Milanovic, ‘Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?’, *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, 18 May 2010, <https://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality/>.

⁵⁸ Jan Klabbers, Anne Peters & Geir Ulfstein (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 21, p. 24, p. 345.

de internationale betrekkingen hebben nooit opgehouden ons voor te houden dat alle idealisme ten spijt internationale betrekkingen een machtsspel zijn en blijven. Wat Carl Schmitt schreef deugt niet, maar klopt in dit opzicht wel, moet dan de conclusie zijn. Dit mag niet het laatste woord zijn, maar daarvoor moeten we wat preciezer nagaan hoe het internationale recht dan wel is geconstitueerd.

Het internationale recht heeft dankzij zijn institutionalisering in internationale organisaties en het functioneren van internationale rechtscolleges een eigen dynamiek gekregen. Ook de groeiende erkenning van de plaats van personen in het internationale recht, waarover ik in 1995 in mijn herintreerede op deze plaats sprak, wijst in die richting.⁵⁹ Verdere stappen zijn gezet met het door internationale straftribunalen en – inmiddels – het Internationale Strafhof persoonlijk voor misdrijven verantwoordelijkheid stellen van ambtsdragers, staatshoofden niet uitgezonderd. De aanvaarding van het universaliteitsbeginsel in het internationale strafrecht is, behalve een element van groeiend belang in de strafrechtelijke internationale samenwerking, ook een kenmerk geworden van de internationale rechtsorde als zodanig. De leer van de rechtsmacht (*jurisdiction*) ziet er anno 2022 heel anders uit – namelijk meer als een theorema van verbinding, dan het theorema van scheiding en verdeling van verantwoordelijkheden waaruit het is ontstaan. Dat alles past in een ontwikkeling waarin het internationale recht een rechtsorde op eigen titel is, en niet alleen maar – zoals sommige Nederlandse politici het graag bevattelijk formuleren – ‘dat wat we internationaal met elkaar hebben afgesproken’. Toch zou het te ver gaan, in het internationale recht een soort ‘super-constitutie’ te ontwaren die boven de nationale constituties uitgaat, aldus terecht Anne Peters. ‘Rather, we see constitutional fragments, first in different issue areas of law and governance, second in different geographic regions, and third on different “levels” of governance. These fragments interact with each other sometimes converging, but also conflicting.’⁶⁰

Toch is de voor een constitutioneel stelsel essentiële handhaving van het geconstitueerde recht jegens degenen die er niet naar willen leven, nog steeds

⁵⁹ *Wereldburgers: personen in het internationale recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, ook in Ernst Hirsch Ballin, *Recht doorgronden – Keuze uit wetenschappelijk werk over publiekrecht, rechtsstaat en beleid 1993-2021*, Den Haag; Boom juridisch p. 173-196.

⁶⁰ Anne Peters, ‘Constituzionalization’, p. 152, in: Jean d’Aspremont & Sahib Singh, eds., *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, p. 141-153.

de zwakste schakel in het internationale recht. Dat is overduidelijk bij wat zich sinds 24 februari 2022 in Oekraïne heeft afgespeeld. Ook bij schendingen van de zwaarste soort ontbreekt het vooralsnog aan juridische waarborgen voor de handhaving van vrede en recht – al gaan breed toegepaste economische sancties en het in gang gezette opsporingsonderzoek door de aanklager bij het Internationaal Strafhof wel in die richting. Een autoriteit die de Russische Federatie en haar staatshoofd kan verplichten tot een ander beleid, ontbreekt zolang daartoe strekkende besluiten in de Veiligheidsraad door het Russische vetorecht worden geblokkeerd en de rechtsmacht van internationale rechters door de Russische Federatie wordt afgewezen. Er zijn staten, waarvan de Russische Federatie niet het enige voorbeeld is, die de eigen soevereine staatsmacht niet ondergeschikt achten aan een normenstelsel dat mensen hoger plaatst dan de soevereiniteit van die staat. De stand van zaken in het internationale recht is dus een incomplete, onvoldragen constitutionalisering.

Als we het wagen te zeggen dat ook het internationale recht in zekere zin een constitutie heeft, dan moeten we toch nog steeds onderkennen dat de heteronomie van besluiten van bijvoorbeeld de Veiligheidsraad, internationale hoven en tribunalen, en de panels van de World Trade Organization bestaat bij gratie van nationale constituties die deze werking van het internationale recht erkennen.⁶¹ Dat is zeker wel een groot verschil met het vroegere criterium van aanvaarding van internationaal recht bij stukjes en beetjes (namelijk door het sluiten en bekrachtigen van verdragen), want die gang van zaken berustte nog steeds op absolute zeggenschap over zichzelf. Naar de huidige stand van zaken kunnen we wél van constitutionalisering van het internationale recht spreken, maar alleen onder de voorwaarde dat nationale constituties die dragen. De Nederlandse Grondwet doet dit; dat blijkt uit de artikelen 90, 93 en 94, waarvan de betekenis is dat statelijke soevereiniteit niet langer wordt verabsoluteerd – de staat als heer en meester van zichzelf – maar ondergeschikt gemaakt aan de normatieve idee dat het recht er is om wille van iedere mens.

⁶¹ In discussie over constitutionalisering van het internationale recht wordt soms verwezen naar de Europese Gemeenschappen / Europese Unie als voorbeeld van zo'n ontwikkeling, maar dat voorbeeld is niet goed gekozen. Daar is immers sprake van een echte, zij het partiële overdracht van soevereine bevoegdheden en dus de vorming van een nieuw, vanuit het EU-standpunt bezien autonoom en vanuit dat van de lidstaten en de rechtsgenoten heteronoom rechtstelsel.

Constituties worden afgekondigd namens het collectieve ‘wij’ van een gemeenschap, de eerste persoon meervoud, aldus Hans Lindahl en Bert van Roermund.⁶² Het ontbreekt aan een eigenstandige constitutionalisering van het internationale recht, al bevat de preambule van het Handvest de claim dat het de *volkeren* van de Verenigde Naties zijn die vertegenwoordigd door hun regeringen tot oprichting van de organisatie overgaan. Het internationale recht bleef echter structureel zelfbinding van staten, en dus in de greep van de externe projectie van hun interne soevereine bevoegdheid tot het interpreteren ervan. Dit heeft als gevolg dat staten die zich niet binden, hun soevereiniteit kunnen inroepen en het dwingende karakter van normen van internationaal recht kunnen ontkennen. Dit nog steeds voortbestaande primaat van de staatssoevereiniteit als uitdrukking van macht blijkt ook uit de maatstaven van het leerstuk van de volkenrechtelijke erkenning: niet een constitutionele legitimatie naar democratische principes, maar de effectieve controle over het grondgebied is maatgevend voor het vereiste als een staat te worden gezien.⁶³

Ondanks deze beperkingen is er een stroming in de theorie van het internationale recht die in de *legal imagination*⁶⁴ van 1945 het startpunt ziet van constitutionalisering en een internationale *rule of law*. Daarmee wordt bedoeld dat het internationale recht in mindere mate afhangt van de instemming van soevereine staten – een kenmerk dat in de rechtstheorie aanleiding had gegeven tot twijfel of internationaal recht wel echt recht is.⁶⁵ In het kielzorg van deze ontwikkeling, vooral in het laatste decennium van de vorige eeuw en het eerste decennium van deze eeuw werd de *rule-based international order* als belangrijkste kenmerk van het internationale recht gezien. De internationale betrekkingen worden daarin genormeerd door een vlechtwerk van verdragen en andere akkoorden. In een Australische formulering is deze *rule-based international order* ‘the only alternative to international coercion by competing great powers, spheres

⁶² Hans Lindahl, *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2018, p. 394; Bert van Roermund, *Law in the First Person Plural: Roots, Concepts, Topics*, Cheltenham/Northampton MA: Edward Elgar 2020, p. 151-152.

⁶³ Klabbers, *a.w.*, p. 79 in samenhang met p. 77.

⁶⁴ Zie over de kracht daarvan Gerry Simpson, ‘Imagination’, in: D’Aspremont & Singh (eds.), *a.w.*, p. 413-421, en het recente grote rechtshistorische werk van Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth – Legal Imagination and International Power 1300-1870*, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2021.

⁶⁵ Frédéric Mégret, ‘International law as law’, in: James Crawford and Martti Koskenniemi, eds., *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2012, p. 64-91.

of influence, client states and terrorist organisations' en bovendien onmisbaar om realisering van de sustainable development goals (SDGs) te bewerkstelligen.⁶⁶

Dit begrip van de internationale verhoudingen suggereert een heteronomie van het internationale recht, die er echter niet is zolang de gelding en – ten opzichte van de permanente leden van de Veiligheidsraad en hun internationaalpolitieke protégés – zelfs de handhaving van die regels afhankelijk blijft van de instemming van de actoren voor wie de regels verondersteld worden te gelden. (Daarom is de supranationale Europese Unie anders en meer dan een internationale organisatie, hoewel die uitdrukking gemakzuchtig nog steeds wordt gebruikt.)

De ideële kracht en inspiratie die uitgaat van de humanitaire missie van de internationale rechtsontwikkeling – een *imagination* waar het internationale recht voor moet staan – is vanaf 1945 geconfronteerd met en ondermijnd door de voortzetting van imperialistische ambities in deels andere gedaanten. De posities van de mogendheden met een vetorecht in de Veiligheidsraad onderging mede als gevolg van de dekolonisatie ingrijpende veranderingen, maar de besluitvormingsregels bleven ongewijzigd.

De voortdurende herbevestiging van de soevereiniteit van staten is als alibi voor deviant gedrag in omloop gebleven; de breedte van de internationaalrechtelijke 'agenda' bood staten de gelegenheid om al naar gelang van hun politieke en economische prioriteiten mee te werken aan delen van de internationale rechtsontwikkeling en andere delen ter zijde te schuiven. Ingrijpend was vooral sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw de vergaande economisering van de internationale betrekkingen.⁶⁷ Het internationale recht richtte zich daarop, op een manier die paste in de politieke economie van het neoliberalisme; daaruit kwam een politieke heroriëntatie van het IMF voort, gericht op meer budgettaire discipline en versoeringen van de publieke uitgaven in de Derde Wereld.⁶⁸ In dit krachtenveld compenseerde Rusland na de ontbinding van de USSR in

⁶⁶ , *The United Nations and the rule-based international order*, Canberra: The United Nations Association of Australia 2017, https://www.unaa.org.au/wp-content/uploads/2015/07/UNAA_RulesBasedOrder_ARTweb3.pdf#:~:text=The%20rules-based%20international%20order%20can%20generally%20be%20described,rrangements%2C%20trade%20agreements%2C%20immigration%20protocols%2C%20and%20cultural%20arrangements.

⁶⁷ Akbar Rasulov, 'Imperialism', p. 440-441, in: J. d'Aspremont & S. Singh, *a.w.*, p. 422-446.

⁶⁸ Robert Knox, *a.w.*, p. 353-355.

1991 zijn post-imperiale zwakte met de middelen die de economisch-liberale wereldorde op een presenteerblaadje aanreikte: enorme inkomsten uit de verkoop van gas en olie, en een verlies aan aandacht voor de democratisch-rechtsstatelijke constitutionele principes.

Na het einde van de Koude Oorlog bevonden de Verenigde Staten zich ook in politiek opzicht in een uitzonderingspositie, die is beschreven als ‘hegemoniaal’. Daaruit kwam de wens voort om de wereld met militaire middelen te verbeteren.⁶⁹ Tegelijkertijd is een onsamenvangende instrumentalisering gaande van de instituties van het internationale recht. Het toenemende gebruik van ‘compactes’ in plaats van verdragen alsook van door de G20 of het Basel Committee on Banking Supervision geproduceerde aanbevelingen, ‘standards’ en ‘codes of conducts’ ondermijnt de politieke en juridische verantwoordingsstructuren.⁷⁰

Dat geldt zeker voor de rechten van de mens.⁷¹ De economisering van de politieke sfeer ging zover dat sommige schrijvers met soms onverholen cynisme de deconfiture van de internationale mensenrechtenbescherming verkondigden.⁷² In 1993 leek de Weense Verklaring over de Rechten van de Mens de ontwikkelingslijnen weer bij elkaar te brengen,⁷³ uitdrukkelijk ook met het oog op ‘peaceful and friendly relations among nations’, maar duurzaam effect bleef uit. Bovendien werd de oriëntatie op de mensenrechten in diskrediet gebracht door politisering van de handhaving en de keuze van leden van de daarmee belaste internationale gremia. In de Europese Unie werden de ontwikkeling van Hongarije tot een *illiberal democracy* en vergelijkbare ontwikkelingen elders, met name in Polen, onderschat.⁷⁴ Dat is niet aan iedereen voorbijgegaan. De hierdoor veroorzaakte ontwrichting van de Europese constitutionele rechtsontwikkeling kreeg bijvoorbeeld in 2014 alle aandacht in een op initiatief van Maurice

⁶⁹ Robert Knox, *a.w.*, p. 344, p. 348.

⁷⁰ Klabbers, *a.w.*, p. 356.

⁷¹ Zie mijn pas verschenen boek *Waakzaam burgerschap: Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, Amsterdam: Querido Facto 2022.

⁷² Eric A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford/New York: Oxford University Press 2014, p. 147-148.

⁷³ World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, Vienna, 25 June 1993; United Nations General Assembly, 20 December 1993, A/RES/48/121.

⁷⁴ Vgl. de scherpe beoordeling hiervan door Anne Applebaum, ‘There Is No Liberal World Order’, *The Atlantic Column* March 31, 2022, <https://www.anneapplebaum.com/2022/03/31/there-is-no-liberal-world-order/>.

Adams en Anne Meuwese hier in Tilburg georganiseerd symposium en daarop gebaseerde publicaties, en een advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken van 2017, naast vele andere initiatieven die wel effect hadden, maar te weinig en te laat in een politiek klimaat dat andere prioriteiten had.⁷⁵

⁷⁵ Maurice Adams, Anne Meuwese & Ernst Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press: Cambridge 2017; zie in het bijzonder de bijdrage van Kim Lane Scheppele, 'Constitutional Coups in EU Law, p. 446-478; *De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa*, Advies nr. 104 van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (2017), tevens gepubliceerd in het Engels: *The will of the people? The erosion of democracy under the rule of law in Europe*, The Hague: Adviesraad voor Internationale Vraagstukken [Advisory Council on International Issues] 2017. Daarover Maurice Adams, Erosie van de democratische rechtsstaat? (blog 21 september 2017 op onze website *Nederland Rechtsstaat*), <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/erosie-van-de-democratische-rechtsstaat/>. In dezelfde geest Yascha Mounk, *The People vs. Democracy: Why Our Freedom is in Danger and How to Save It*, Cambridge MA / London: Harvard University Press 2018.

6 De Russische constitutionele identiteit

Wat we daar tegenover kunnen stellen is alleen een beweging vanaf de basis, dat wil zeggen de grondslagen zelf van ons rechtsstelsel. Als het gaat om de constitutionele basis van het internationale recht als vredesordening, moeten we in een minder technisch opgevatte rechtsvergelijking scherper leren kijken naar de correlatie van het constitutionele recht dat een staat identificeert en omgrenst, en de externe werking daarvan als deel van de fundering van het internationale recht. Die binnenkant en buitenkant van het constitutionele recht bepalen elkaar, is mijn stelling, en dat kan worden toegelicht aan de hand van de rol van de Russische Federatie in de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.

Het grote momentum van de eerste jaren na de Tweede Wereldoorlog was, zoals gezegd, de poging om een nieuwe wereldorde te bouwen op basis van erkenning van ieders waardigheid. Daarin ligt een groot verschil met het nationalistische concept van staten die eigen onderdanen bevoordeelden ten opzichte van vreemdelingen en, zoals Carl Schmitt het omschreef, elkaar in de oorlog als vijanden beschouwden⁷⁶ en hun burgers als vijandige onderdanen. De Nederlandse en Europese politiek na de Tweede Wereldoorlog stonden in het teken van deze getijdewisseling, zoals ook blijkt uit de grondwetsherziening van 1953, die tevens aan koloniale aspiraties een eind maakte. In die jaren ontstonden de Raad van Europa, het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, alle met als hoofddoel de vrede in Europa tussen staten en volkeren te baseren op wederkerig respect. Het werk van de Raad van Europa stond in het teken van een steeds hechtere verankering van de rechten van de mens en de uitwerking daarvan op verschillende terreinen, met inbegrip van nationaliteitsrecht, sociale rechten en rechten in verband met nieuwe technieken van persoonsregistraties, communicatie en biotechnologie.

Dat Rusland in de consolidatie van een Europese vredesordening cruciaal was, begrepen velen wel. Brendan Simms beschreef in zijn Europese geschiedenis de verbittering in Rusland in de jaren negentig als gevolg van de nieuwe situatie en de Russische pogingen tot herwinnen van een invloedrijke positie in Oost-

⁷⁶ Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, p. 114.

Europa.⁷⁷ Veel aandacht ging daar echter niet naar uit. Het ontsnapte aan de aandacht dat in de immense, voorheen door het Russische imperium en de U.S.S.R. beheerste ruimte een politiek vacuüm was ontstaan, dat – zoals Karl Schlögel in 2009 al signaleerde – kon worden gevuld met politieke narratieven en praktijken van beheersing.⁷⁸ Hoopvol maar – ook naar veler inzicht destijds – overijld was de Russische Federatie in 1996 opgenomen in de Raad van Europa. De feitelijk relatie met Rusland in die tijd richtte zich echter eenzijdig op economische belangen.

Daarbij is te weinig verbinding gelegd met het gedachtegoed van een pluriforme democratie en de werking van de rechtsstaat. In 1994 verscheen het boek *Comrade Criminal: On the Theft of the Second Russian Revolution*,⁷⁹ maar veel aandacht voor zulke onderwerpen was er niet. Ondanks vroege waarschuwingen is vanuit het vrije Westen de positie van ondemocratische oligarchische structuren versterkt, met mateloze inkomsten uit de verkoop van Russische olie en gas, in combinatie met juridische en financiële dienstverlening.

Het verhaal van landen die zich hebben geïdentificeerd met imperiale overheersing is gecompliceerd. Carl Schmitt baseerde zijn concept van een internationale orde erop dat een nationale groep – een *ethnos* (ἔθνος) – territorium occupeert, de ‘Landnahme’. Daaruit komt een ‘Großraumbildung’ voort, d.w.z. een internationaal en in de ogen van Schmitt volkenrechtelijk legitiem bestel van met elkaar concurrerende ‘Reiche’ of ‘Großräume’.⁸⁰ Daarmee onderbouwt hij het fenomeen van de hegemonie van een selecte groep staten in hun invloedssfeer; zulke hegemonie manifesteert zich in een verbinding van politieke, militaire en

⁷⁷ Brendan Simms, *Europe: The Struggle for Supremacy, 1453 to the Present*, London: Allen Lane 2013, p. 496, p. 516. In 1999 schreef ik in de bundel aangeboden aan Frans Alting von Geusau ter gelegenheid van zijn afscheid van onze Universiteit, naar aanleiding van de spanningen inzake uitbreiding van de NAVO over het belang van een relatie van de NAVO met Rusland ‘under the guiding value of the international rule of law’. Daarbij citeerde ik Henry Kissinger, die erop had gewezen dat ‘the Russian Empire has always had a role in the European equilibrium but was never emotionally a part of it’. Zie ‘NATO and International Law: the vocation of a military alliance in an interdependent world’, in: Ernst Hirsch Ballin, *Trust Beyond Borders: Selected Papers on the Significance of Human Rights and the Rule of Law*, p. 129-143 (142-143).

⁷⁸ “‘Russischer Raum’: Raumbewältigung und Raumproduktion als Problem einer Geschichtsschreibung Russlands’, in: Karl Schlögel, *Grenzland Europa, Unterwegs auf einem neuen Kontinent*, München: Carl Hanser Verlag 2013.

⁷⁹ Door Stephen Handelman (London: Michael Joseph 1994).

⁸⁰ A.w., p. 25, p. 271.

economische macht.⁸¹ Een staat daarentegen die zijn *demos* (δῆμος) als pluriform, niet vijandig ten opzichte van andere *demoi* opvat, doet dat niet; dat is de basis van de Europese ‘demoicratie’.⁸²

De economie van oorlog, repressie en criminaliteit is een onderwerp dat ik graag bij mijn collega’s in de economische wetenschappen in de aandacht aanbeveel naast hun belangrijke werk op het gebied van *Entrepreneurship and Business Innovation*. Maar we moeten ons ook de vraag stellen of we voldoende in het vizier hebben genomen uit welke gedachtewereld de afwijzing en uitsluiting van anderen voortkomt, die steeds weer op geweld uitloopt. Ongeremd uitgevochten conflicten gaan terug – dat is mijn kernpunt – op een andere opvatting van de verhoudingen tussen mensen in juridische en politieke ordeningen.

De intensivering van de relaties met Rusland richtte zich eenzijdig op economisch gewin. Dat riep niet alleen risico’s op voor de Europese positie ten opzichte van dit grote land, maar was ook een teken van gebrek aan aandacht voor Russische staatsburgers die bescherming verwachtten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Toen de President van het Hof Luzius Wildhaber in 2007 Moskou bezocht, wachtte hem een figuurlijk en mogelijk ook letterlijk giftig onthaal.⁸³ Het ging om ‘Wirtschaft, Wirtschaft, Wirtschaft’, zei de Oekraïense president Zelensky in zijn confronterende toespraak tot de Duitse Bondsdag op 17 maart 2022.⁸⁴ Was dat niet wederom een gebrek aan waakzaamheid? Emmanuel Levinas schreef al veel eerder kritische woorden over de onverschilligheid tegenover noden in andere landen. Daarmee hebben we ons in dezelfde positie hebben gebracht als degenen die in bijbelse tijden, half schuldig, half onschuldig

⁸¹ Robert Knox, ‘Hegemony’, p. 333, p. 360, in: Jean d’Aspremont & Sahib Singh, eds., *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, p. 328-360.

⁸² Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Europese variaties* (Rapport 99), Den Haag: WRR 2018; E.M.H. Hirsch Ballin, E. Cerimović, H.O. Dijkstra & M. Segers, *European Variations as a Key to Cooperation. Exploring the dimensions of policy content, decision-making and membership*, Heidelberg / Dordrecht: Springer, 2019.

⁸³ ‘Wurde der höchste europäische Richter Opfer eines Giftanschlags?’, *Neue Zürcher Zeitung* 28 januari 2007, <https://www.nzz.ch/articleEV28G-ld.394863?reduced=true>.

⁸⁴ Ansprache des Präsidenten der Ukraine, Wolodymyr Selenskyj im Deutschen Bundestag, 17. März 2022, *Dokumente Deutscher Bundestag*, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw11-de-selenskyj-rede-deutsch-884872>.

aan de dood van anderen, zich in *villes-refuges* moesten terugtrekken.⁸⁵ De schuld van de huidige oorlog is overduidelijk die van de agressor; maar zijn wij in het westen van Europa niet, wederom, half schuldig, half onschuldig, als wij – al was het met bijsluiters van bezorgdheid over mensenrechten – al tientallen jaren enorme financiële middelen hebben verschaft aan regimes zoals dat van Poetin, in ruil voor een gunstig geprijsde toestroom van fossiele brandstoffen? Daarom noemde Luisa Neubauer, de jonge pleitbezorger van een scherper klimaatbeleid die het Duitse constitutionele gerechtshof tot zijn uitspraak van 24 maart 2021⁸⁶ heeft gebracht, de in februari ontketende oorlog een ‘fossiler Krieg’.⁸⁷ Stapsgewijs, in een zonderling samenspel van zelfverrijking door weinigen, gesymboliseerd door de in West-Europa gebouwde en afgemeerde jachtschepen, en nationalistisch-cultureel ressentiment, ontwikkelde zich in Rusland een politieke structuur die niets heeft met een op persoonlijke rechten en vrijheden gebaseerde internationale rechtsorde.

De wijze waarop een politieke orde zich intern heeft geconstitutionaliseerd, correleert met haar externe aanwezigheid als bron van oorlog of van vrede. Stapsgewijs is in de Russische constitutionele identiteit het accent verschoven van wederkerigheid in de internationale betrekkingen naar nationale identiteit en vervolgens naar een externe missie die daaruit voortkomt. De herziening van de Russische Grondwet in 2020 consolideerde dit proces, vooral door een verdere versterking van de positie van de President, onder meer bij de samenstelling van het constitutioneel gerechtshof, en door het toekennen van primaat van het Russische constitutionele recht ten opzichte van het internationale recht en internationale rechtspraak zoals die van het Europese Hof voor de Rechten

⁸⁵ De uit Litouwen afkomstige Franse joodse filosoof Emmanuel Levinas doelde op ‘villes-refuges’, vluchtsteden, van de Bijbelhoofdstukken Numeri 35 en Deuteronomium 4: daar konden de ‘half-schuldigen’ die door een gebrek aan waakzaamheid de dood van anderen had veroorzaakt, bescherming tegen vergelding zoeken. Levinas stelt de vraag wat dit betekent voor de manier waarop wij gewoonlijk mensen verantwoording laten afleggen, en hoe humaan dat is: ‘L'imprudence, le défaut d'attention, limite-t-elle notre responsabilité? Sommes-nous assez conscients, assez éveillés, hommes déjà assez hommes?’ (‘De onachtzaamheid, het gebrek aan oplettendheid, beperkt die onze verantwoordelijkheid? Zijn wij aandachtig genoeg, waakzaam genoeg, mensen die al genoeg mensen zijn?’). Aldus Emmanuel Levinas, *L'au-delà du Verset – Lectures et Discours Talmudiques*, Paris: Les Éditions de Minuit 1982, p. 56.

⁸⁶ ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1bvr265618

⁸⁷ <https://www.zdf.de/nachrichten/video/politik-neubauer-lanz-fossiler-krieg-100.html>

van de Mens.⁸⁸ In het nieuwe artikel 72, eerste lid onder g1, is de bevoegdheid opgenomen maatregelen te treffen ter ‘bescherming van familie, moederschap, vaderschap en jeugd’ en ter ‘bescherming van het huwelijk als verbintenis van man en vrouw’. Deze wijzigingen zijn nogal a-systematisch verwerkt in andere onderdelen dan de eerste twee hoofdstukken, zodat de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden ogenschijnlijk in takt is gelaten.⁸⁹ De algemene teneur is dat een autoritair presidentieel systeem wordt gecombineerd met een conservatief-nationalistisch waardensysteem en een afwijzing van het primaat van het internationale recht. In een voorzichtig geformuleerd, maar kritisch commentaar reageerde de Venice Commission van de Raad van Europa ‘gealarmeerd’ door de niet-naleving van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens die de grondwetswijziging zou legitimeren.⁹⁰

Waren dat voortekenen van wat zich nu heeft ontrold, of wellicht eerder tussenstappen op het hellende vlak dat reeds in 2014 was betreden? De Russische politiektheoretische *opinion leader* Aleksandr Dugin ziet Rusland als drager – uit kracht van zijn op gemeenschappelijkheid gerichte identiteit – van een nieuwe, eschatologisch betekenisvolle politieke beweging: die van de Vierde Politieke Theorie, na liberalisme, bolsjewisme en nationaalsocialisme.⁹¹ Die stroming moet, in samenwerking met Europese populistische groeperingen, een eind maken aan de decadentie van het huidige liberalisme (‘liberalisme 2.0’) met het denken over *gender* als belangrijke steen des aanstoots.⁹² Hij verwacht een soort geopolitieke titanenstrijd: het Grote Ontwaken dat hij positioneert tegenover de begin 2021 in Davos geproclameerde Great Reset. Wat Dugin wil, is dus gericht op een fundamenteel andere internationale orde, ‘grote geopolitiek’ gebaseerd op ‘grote ideeën’.⁹³

⁸⁸ Dat laatste was een aanscherping van een al sinds 2015 geclaimde bevoegdheid van uitspraken af te wijken. Zie Alexander V. Salenko, ‘Völkerrechtliche Bezüge der Verfassungsreform 2020’, in: Rainer Wedde (ed.), *Die Reform der russischen Verfassung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2020, p. 75-85.

⁸⁹ Rainer Wedde, ‘Ein Abbild der Realität? Die Version 2020 der russischen Verfassung’ p. 17, in: Wedde, *a.w.*, p. 11-21.

⁹⁰ Zie <https://www.coe.int/en/web/moscow/-/venice-commission-adopts-new-opinion-on-2020-constitutional-amendments-and-the-procedure-for-their-adoption-in-the-russian-federation> en diverse andere stukken op [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)009-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)009-e#).

⁹¹ Alexander Dugin, *Das Grosse Erwachen gegen den Great Reset*, London: Arktos 2021, p. 45.

⁹² *A.w.*, p. 13.

⁹³ *A.w.*, p. 113.

Poetin leek tot voor kort, ondanks zijn Groot-Russische aspiraties, eerder een herziening na te streven van de internationale orde, nog steeds als rechtsorde, maar – in overeenstemming met de Grondwetsherziening van 2020 – keerde hij al in een toespraak tot de Federale Raad van april 2021 de verhouding tot het internationale recht om, met nationale soevereiniteit als ijkpunt. Dit deed hij in omineuze bewoordingen:

‘The meaning and purpose of Russia’s policy in the international arena – I will just say a few words about this to conclude my address – is to ensure peace and security for the well-being of our citizens, for the stable development of our country. Russia certainly has its own interests we defend and will continue to defend within the framework of international law, as all other states do. And if someone refuses to understand this obvious thing or does not want to conduct a dialogue and chooses a selfish and arrogant tone with us, Russia will always find a way to defend its stance.’⁹⁴

Dugin zag Poetin in zijn in september 2021 verschenen laatste boek weliswaar enerzijds als een pragmaticus, maar anderzijds als drager van het idee van ‘een groot continentaal project’ en ‘een Russisch-Chinees Euraziatisch verbond’.⁹⁵ De visie op de internationale betrekkingen die Poetin in april 2021 schetste, werd in oktober verbonden met een aanval op het liberalisme en twee maanden later met expliciete militaire dreiging.⁹⁶ In juli 2021 had hij een artikel gepubliceerd met een historiserend narratief dat de legitimiteit van de Oekraïense staat loochende.⁹⁷ Dugin zal de in februari 2022 ontketende oorlog hebben kunnen zien als de vervulling van zijn seculiere profetieën. De vijand leeft verkeerd en denkt verkeerd, en is dus alleen maar dit: de vijand. Deze spookachtige imperialistische opvatting ziet oorlog als de natuurtoestand tussen mensen en volkeren. Wat men in die opvatting vrede noemt, is het zwijgen van de wapens na het verslaan van de vijand. De uitkomst is dan niet een rechtsorde van gelijkwaardigheid en wederkerigheid, maar een ordening, in de taal van het

⁹⁴ <http://en.kremlin.ru/events/president/news/65418>.

⁹⁵ A.w., p. 85, p. 113.

⁹⁶ Oktober 2021, zie <https://www.newstatesman.com/world/2021/11/the-meaning-of-vladimir-putins-attack-on-liberalism>; december 2021, zie <https://www.theguardian.com/world/2021/dec/21/putin-warns-of-possible-military-response-to-aggressive-nato-russia>.

⁹⁷ Peter Dickinson, ‘Putin’s new Ukraine essay reveals imperial ambitions’, in *The Atlantic Council, Ukraine Alert, July 15, 2021*, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/putins-new-ukraine-essay-reflects-imperial-ambitions/>.

recht, waarmee de Leviathan van het moment de ontstane machtsverhoudingen consolideert.

7 Binnen en buiten

Hoewel de tijd en ruimte hier ontbreekt voor een adstructie in de statenpraktijk, waag ik de veronderstelling dat vergelijkend staatsrechtelijk onderzoek deze correlatie tussen de interne en de externe dimensie van constituties verder zal bevestigen. Wat nu door Rusland wordt aangericht, is ook een gruwelijke, negatieve bevestiging hiervan, net als de uiteindelijke gevolgen van de ontmanteling van de Duitse Weimarer Verfassung.⁹⁸

Het begin van constitutionalisering van het internationale recht als vredesordening was te danken aan de paradigmawisseling waarop ik eerder wees: het paradigma van de statensoevereiniteit werd verdrongen door het paradigma van humanitair recht en bescherming van mensenrechten. Maar de aanvaarding van het primaat van het internationale recht door staten werkt alleen als zij daarop van binnenuit zijn gericht: een ‘constitutie’ van het internationale recht bestaat bij gratie van de constitutionalisering van staten als niet slechts een naar binnen gerichte nationale rechtsorde, maar ook als drager van de internationale rechtsorde.

Er zijn staten die zich inderdaad zo hebben geconstitueerd, en staten die dat afwijzen; de grondwetsherziening van 2020 van de Russische Federatie biedt van het laatste een duidelijk voorbeeld. Dat is op het snijvlak van internationaal en constitutioneel recht het kernpunt van wat ik onder de aandacht wil brengen. Hoe belangrijk verkiezingen en voorzieningen in bestaansbehoeften ook zijn, het begint allemaal met de erkenning van mensen, iedere mens, zonder onderscheid, als mens, dus in haar of zijn persoonlijke waardigheid.

Onze grondwettelijke opdracht (artikel 90) tot bevordering van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde is uitzonderlijk. Ze is de laatste consequentie van een staatsopvatting die de nationale identiteit niet zoekt in interne of externe polarisatie met ‘anderen’, maar die in haar grondslagen inclusief is – zoals de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens beoogt als grondslag voor wereldvrede. Maar er zijn ook staten die zich baseren op etnische, ideologische, of raciale afgrenzing ten opzichte van anderen – intern en extern – en er zijn ook in Nederland politieke stromingen die dat willen. Zo’n staatsideologie draagt niets bij aan een versterking van de constitutionele basis van het internationale

⁹⁸ Udo Di Fabio, *Die Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern: Eine verfassungshistorische Analyse*, München: C.H. Beck 2018.

recht als vredesordening; dat is precies de reden waarom de dreiging van nucleaire bewapening van Noord-Korea en Iran serieus moeten worden genomen. Hetzelfde geldt voor de Russische Federatie, maar daar komt bij dat Rusland in de Europese geschiedenis een geval apart is, waarop te weinig uit constitutioneel oogpunt acht is geslagen.

Wie denkt dat onderdrukking van de eigen bevolking voor buitenstaanders een irrelevante interne aangelegenheid van die staat is, bedriegt zichzelf. Wie zich pas voor democratie en rechtsstaat interesseert als de oorlog begonnen is, komt te laat. De geschiedenis van de Tweede Wereldoorlog in Europa begint niet met de krijgshandelingen op 1 september 1939, maar in 1933, zo niet eerder, zoals mijn vader mij uit eigen ervaring zei, namelijk in 1932, met de *Preußenschlag*, een staatsgreep van bovenaf, die in Pruisen de constitutionele afbraak van de democratische rechtsstaat in gang zette.⁹⁹ De geschiedenis van de huidige oorlog begint niet op 24 februari 2022, maar in 2014, zo niet eerder.¹⁰⁰ 2014 was het jaar waarin op de Krim een keuze voor ‘aansluiting’ bij Rusland werd gesimuleerd en een uit Nederland vertrokken burgerluchtvaartuig werd neergehaald, met 298 mensen aan boord, onder wie onze Willem, Lidwien en Marit Witteveen. Om hen is intens gerouwd, de feiten zijn onderzocht en de verdachten worden vervolgd, maar hebben we ook voldoende begrepen dat er geen vrede was, waren we waakzaam genoeg toen de volgende lucratieve deal met Rusland zich aandiende, is de urgentie voldoende onderkend van een verhoging van de defensie-uitgaven tot 2% BNP die de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid nodig oordeelde?¹⁰¹

Evenmin mag uit het oog worden verloren dat er serieuze risico’s bestaan voor de delen van het Koninkrijk der Nederlanden in het Caribische gebied. In hetzelfde rapport ging de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid daar speciaal op in. Dat is van belang wegens de ondermijning van de interne stabiliteit door

⁹⁹ Dit betreft de zogenaamde *Preußenschlag* op 20 juli 1932, waarbij met twee noodverordeningen de wettige regering van Pruisen door de rijksregering opzij werd gezet en de grondrechten beperkt. Zie Di Fabio, *a.w.*, p. 224.

¹⁰⁰ Philipp Ther, *Das andere Ende der Geschichte – Über die Große Transformation*, Berlin: Suhrkamp 2019, p. 149-164.

¹⁰¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Veiligheid in een wereld van verbindingen. Een strategische visie op het defensiebeleid* (Rapport 98), Den Haag: WRR 2017; E.M.H. Hirsch Ballin, H.O. Dijnstbloem & P.J.M. de Goede (red.), *Security in an Interconnected World: A Strategic Vision for Defence Policy*, Cham: Springer Open 2020. In de kabinetsreactie werd dit advies ‘verwelkomd’, maar nadere besluitvorming uitgesteld (*Kamerstukken II 2017/18*, 33763, nr. 141, p. 5).

narcobusiness en -finance en de nabijheid van een groot land – Venezuela – waar de democratische rechtsstaat niet meer werkt. De kabinetsreactie op het rapport ging echter aan dit onderwerp geheel voorbij.

De stand van constitutionalisering van het internationale recht hangt dus af van de wijze waarop nationale staten zich hebben geconstitutionaliseerd. Hun verhouding tot de internationale rechtsorde loopt uiteen en is daardoor ook qua effect inconsistent. Maar wat hoop geeft is een groeiende presentie van een internationale gemeenschap die zich uitsprekt: door organen van de Verenigde Naties, door duurzame non-gouvernementele organisaties zoals *Caritas Internationalis*, waarvan ons *Cordaid* deel uitmaakt, door *Amnesty International*, *Human Rights Watch*, *PAX* en *Fridays for Future*, en door de stem van religieuze leiders, sinds 1986 van tijd tot tijd verenigd in Assisi.

Ik keer nog even terug naar de humanitaire paradigmawisseling van 1945 in de internationale rechtsorde. De toen in gang gezette institutionele en in aanleg constitutionele binding van staten aan het internationale recht had een ideële basis, voortgekomen uit historische ervaringen: het inzicht dat de waardigheid van ieder mens een hoger goed is dan de soevereine bevoegdheid van ‘nationale’ staten om met militair geweld hun gelijk te halen. Dat is de grondslag van het internationale recht als vredesordening. Deze paradigmawisseling had als referentiepunt de polariteit van ‘insluiting’ en ‘uitsluiting’: insluiting in de betekenis van ‘inclusion’, mensen omvatten, in een democratische rechtsstaat van eenieder, tegenover uitsluiting die mensen op grond van groepskenmerken discrimineert en onderwerpt. De ervaringen van degenen die tussen 1933 en 1945 waren vervolgd, hadden precies hierop betrekking, net als de ervaringen van de vluchtelingen van nu. In concentratiekampen worden mensen rechteloos ingesloten, om ze van de samenleving uit te sluiten. Grenzen behoren tot de administratieve technieken die kunnen worden gebruikt om het anders-zijn te administreren.¹⁰² Voor uitsluiting in het kader van een rechtsstelsel kunnen woorden worden gebruikt die de grammatica van het recht volgen. Het nationaliteitsrecht is een mogelijk juridisch voertuig van uitsluiting:¹⁰³ volledige

¹⁰² Steffen Mau, *Sortiermaschinen – Die Neuerfindung der Grenze im 21. Jahrhundert*, München: C.H. Beck 2021.

¹⁰³ Zie mijn kritiek van de opvatting van nationaliteit als onderdaanschap in *Citizens’ Rights and the Right to Be a Citizen*, Leiden / Boston: Brill Nijhoff 2013.

juridische bescherming wordt dan voorbehouden aan de leden van de eigen nationale groep.

Dit doet niet af aan de zinvolle relevantie van wat mensen onderling identificeert. Door bijzondere en toch algemeen-menselijke ervaringen te articuleren, kunnen mensen met elkaar verbindingen aangaan. Aleida Assmann heeft een ‘Wiedererfindung der Nation’ beschreven waarin nationale narratieven niet meer dienen als ‘bewijs’ van eigen superioriteit (soms in de gedaante van een morele superioriteit die eerherstel vereist) maar als uitnodiging aan anderen om hun verhaal te vertellen.¹⁰⁴ Vandaar het belang van waakzaamheid tegenover politici die, als voorgangers in het kwaad, woorden gebruiken om anderen tot vreemden te maken, of zelfs tot vijanden die moeten worden uitgebannen.¹⁰⁵ Verhalen nodigen uit tot empathie en een cultuur van mensenrechten, en zijn een zinvolle bouwsteen voor een orthopedagogiek van het recht, waarvoor juist aan een universiteit met een ideële grondslag zoals de onze ruimte moet zijn. Voor zover het internationale recht democratie wil bevorderen, zal het om méér moeten gaan dan het bevorderen van haar formele kenmerken, maar zal het zich moeten richten op ook sociaal rechtvaardige verhoudingen in de samenleving.¹⁰⁶

Insluiting (in de betekenis van inclusie, inbegrip) en uitsluiting van mensen in de rechtsorde van de staat is het scharnierpunt van vertrouwen op het recht. Ik kies nu woorden die ik nog niet vond toen ik veertig jaar gelden hier mijn intredeerde over ‘Vertrouwen op het recht’ uitsprak. Toen ging het over de verantwoordelijkheid van de wetgever, maar zag ik nog niet scherp genoeg dat het vaak juist *verborgen* wettelijke onderscheidingen zijn die mensen ten opzichte van elkaar bevoordelen en benadelen, of in groepen indelen waaruit ze administratief, maatschappelijk of economisch zich niet meer kunnen bevrijden. Dat wat Carl Schmitt omschreef als het kenmerk van het politiek, namelijk het groeperen van mensen in vrienden en vijanden, begint met woorden, maar eindigt daar niet. ‘Jeder religiöse, moralische, ökonomische, ethnische oder andere Gegensatz verwandelt sich in einem politischen Gegensatz, wenn er stark genug ist, die Menschen nach

¹⁰⁴ Aleida Assmann, *Die Wiedererfindung der Nation: Warum wir sie fürchten und warum wir sie brauchen*, München: C.H. Beck 2020, p. 291-296.

¹⁰⁵ Ernst Hirsch Ballin, *Waakzaam burgerschap - Vertrouwen in democratie en rechtsstaat herwinnen*, p. 179.

¹⁰⁶ Marti Koskeniemi, ‘Whose intolerance, which democracy?’, in: Gregory H. Fox & Brad R. Roth, *Democratic Governance and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 436-440.

Freund und Feind effektiv zu gruppieren,' schreef Schmitt in 1932.¹⁰⁷ Daar was geen woord Spaans bij, en we weten wat dat in de praktijk heeft betekend. Vandaar dat ik consequent heb getracht te vermijden dat we indelingen op basis van groepskenmerken in plaats van dat waarvoor je mensen verantwoordelijk kunt houden, impliciet of expliciet bepaalt hoe mensen elkaar behandelen; vandaar ook het belang in mijn ogen van de waarschuwing daartegen door de WRR in het rapport 'Big data in een vrije en veilige samenleving',¹⁰⁸ – een waarschuwing die echter tot de Toeslagenaffaire aan het licht kwam de overheid niet van zulke praktijken heeft weerhouden.

¹⁰⁷ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drie Corollarien*, Berlin: Duncker und Humblot, 8ste druk 2009, p. 35.

¹⁰⁸ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big data in een vrije en veilige samenleving*, Rapport nr. 95, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

8 De internationale rechtsorde bevorderen

Ik vat mijn bevindingen samen. De rechtsplicht de vrede te bewaren is meer dan een nieuwe, maar onvoltooide ontwikkelingsfase van het internationale recht. Deze plicht, die vrede en recht met elkaar verbindt, markeert een herfundering van het internationale recht. De kracht daarvan bewijst zich in de huidige weerstand in de internationale politiek en de publieke opinie tegen de gruwelijke misdrijven van de oorlog in Oekraïne.

De aanzet tot constitutionalisering van het internationale recht als vredesordening is precair gebleven. Als een regime aan de internationale rechtsorde geen boodschap heeft, en daarin wordt gedekt door het vetorecht van een der permanente leden van de Veiligheidsraad, is de handhaving voorshands ineffectief. Dat vetorecht neemt de strafbaarheid van misdrijven tegen het internationale recht niet weg, maar zolang militaire macht aanhouding en berechting belemmert, blijven de slachtoffers van zulke misdrijven verstoken van bescherming. Militaire zelfverdediging en hulp daarbij zijn legitiem, maar kunnen niet voorkomen dat onschuldige mensen aan geweld worden blootgesteld, mogelijk zelfs met verboden wapentuig. Wat dan overblijft is de druk van sancties en van de internationale publieke opinie.

Deze voor de mensen in oorlogsgebieden ondraaglijke situatie zal niet kunnen worden gekeerd door nogmaals de woorden te spellen waarmee het internationale recht is opgetekend. Recht brengt alleen vrede als het wordt gedragen door overtuiging. Dat geldt ook voor degenen die namens een staat beslissen over recht en onrecht, vrede en oorlog. De onvolkomen constitutionele stand van de internationale rechtsontwikkeling moet worden gecompleteerd door de innerlijke betrokkenheid in nationale staten bij een vreedestichtende, mensenrechten beschermende internationale rechtsorde. Zo'n verandering mag ver weg lijken voor de Russische Federatie, maar kan net als in andere complexe systemen abrupt komen. Maar het omgekeerde is ook het geval. Als de bestorming van het Capitool in Washington DC op 6 januari 2021 anders was afgelopen, zou dat niet alleen de Verenigde Staten duurzaam hebben ontwricht, maar ook de toekomstperspectieven van alle met de Verenigde Staten geallieerde landen hoogst onzeker hebben gemaakt. Democratie en rechtsstaat zijn in de Verenigde Staten nog steeds in gevaar, en er is geen garantie dat er na Hongarije en Polen geen andere lidstaten van de Europese Unie getroffen zullen worden door een erosie van deze constitutionele principes. Het verzekeren van vrede en recht

begint of eindigt bij onszelf, en is dus behalve een juridische nog altijd ook een morele vraag.

Verontwaardiging over de misdrijven van anderen, hoeveel redenen daarvoor ook zijn, is mitsdien niet genoeg. Dat het zo ver is gekomen, moet ons nogmaals leren dat kwaad met kleine dingen begint, ook in de politiek. Daarom mag intussen de waakzaamheid voor het democratisch-rechtsstatelijke ethos in ons eigen politieke systeem niet minder worden.¹⁰⁹ En daarom mag de huidige oorlog geen reden zijn om minder waakzaam te zijn tegenover de aantasting van het democratisch-rechtsstatelijke karakter van de Europese Unie en haar lidstaten van binnenuit.

Constitutionele funderingen die mensen naar gelang van collectieve kenmerken kwetsbaar maken of beschermen, stichten geen vrede maar mobiliseren groepen als vijanden van andere groepen en andere landen. Dat blijft de verklaring van de oorlog-genererende werking van het nationalisme. Autocraten haten degenen die anders zijn. Het kan geen toeval zijn dat in deze eeuw juist de steden waar door de eeuwen heen mensen met verschillende talen en overtuigingen samenleefden, het strijdtoneel van nationale expansie zijn geworden, vaak tot schade van hun diversiteit: Jeruzalem, Damascus, Aleppo, Sarajevo; in Oekraïne Kyiv, Czerniwzi, Mariupol, en de hoofdstad van Galicië, thans genaamd Lviv, in het Pools en het Russisch Lwów, in het Jiddisch לעמבערג, Lemberg.¹¹⁰ Geen van die steden lag aan het begin van de 20^{ste} eeuw in hetzelfde land als aan het eind daarvan. Het zijn steden als deze, waar mensen eeuwenlang met elkaar hebben samengeleefd, getwist, gehandeld, en gebeden in allerlei rites tot de Ene met vele namen. Het zijn deze steden die dezelfde zijn gebleven terwijl ze met hun ommelanden bij verschillende staten werden ingelijfd, steden met een biografie door de eeuwen heen.¹¹¹

Zulke steden zijn een bron van ergernis voor de leiders die veelvormigheid haten. In hun machtsbereik moet identiteit eenduidig nationaal worden door

¹⁰⁹ In mijn boek *Waakzaam burgerschap*, p. 75, omschreef ik dit ethos aldus dat *burgers van een politiek verband zich aangesproken weten op verantwoordelijkheid niet alleen voor zichzelf, maar ook voor anderen en voor hun gezamenlijke toekomst.*

¹¹⁰ Martin Pollack, *Galizien – Eine Reise durch die verschwundene Welt Ostgaliziens und der Bukowina*, Frankfurt am Main / Leipzig: Insel Verlag 2001. Het prachtige boek van Philippe Sands, *East West Street – On the Origins of “Genocide” and “Crimes Against Humanity”*, New York: Alfred A. Knopf 2016, heeft als narratief referentiepunt de stad Lviv.

¹¹¹ Simon Sebag Montefiore, *Jerusalem: The Biography*, New York: Vintage Books 2011.

vernietiging of verdrijving van wie er thuis waren maar tot vreemden werden gemaakt. Als om deze steden oorlog wordt gevoerd op de gruwelijke wijze die we nu in Oekraïne en eerder in Syrië aanschouwden, lichten op paradoxale wijze de tekenen op van wat wél vrede sticht: de aanvaarding van mensen zonder ze te categoriseren, en dus zonder hun woonplaats te maken tot een grimmig bastion van eenheid. Samenleven is groter en rijker dan nationale identificaties. Daarmee begint de innerlijke constituering van het internationale recht als orde van vrede, en daarom vereist de bevordering hiervan waakzaamheid tegenover alle verdelende ideologieën. De hoop op verwerkelijking daarvan is op 24 februari 2022 nog niet vervlogen. Veler verlangen daarnaar is juist veel groter geworden. Desalniettemin behoort de internationale rechtsorde behoort tot de complexe systemen waarvan de collaps abrupt en onverwacht kan komen.¹¹² Daarom is ook nu de vraag of wij werkelijk waakzaam genoeg zijn. Met die vraag begint een nieuwe dag.

¹¹² Ugo Bardi, *Before the Collapse - A Guide to the Other Side of Growth*, Cham: Springer 2020.

9 Vooruitgang in de rechtswetenschap

Mijnheer de rector magnificus, dames en heren,

Mijn afscheidsrede ging over vrede en recht, maar ondanks de verandering van mijn onderwerp toch ook over de betekenis van onderwijs en onderzoek in de rechtswetenschap. Recht, het object van onze wetenschapsbeoefening, is niet een voor om het even welk doel inzetbaar instrument, maar wordt geconstitueerd door bronnen van legitimiteit die naar de mensen zelf terugverwijzen.

Rechtsnormen dienen het vreedzaam samenleven van mensen in de instabiele collectiviteit van 'de wereld'. Die normen moeten dus berusten op inzicht in het samenleven, in de voorziening in behoeften, en de werking van de menselijke geest, individueel en sociaal. Wanneer het recht theoretisch wordt doordacht, leent wetenschappelijk onderzoek daarnaar zich voor interdisciplinaire verbindingen, sterker nog: vraagt het daarom.¹¹³

Deze universiteit kan daar nog meer aan bijdragen dan ze al doet.

Interdisciplinariteit en een daarop voortbouwende leer van de internationale betrekkingen kunnen zeker hier tot ontwikkeling te komen. De harde ervaring van geweld en onrecht kan uit verschillende wetenschappelijke gezichtspunten en disciplines worden onderzocht. De gedragswetenschappen zullen kunnen onderzoeken welke drijfveren tot deviant gedrag hebben geleid, economen wat oorlog op korte en lange termijn betekent voor de welvaart van entiteiten en individuen, en een nieuwe tak van de rechtspsychologie zal de internationale politiek-bestuurlijke effecten van fenomenen als paranoia kunnen verhelderen. Anders dan utilitaristische denkschema's, die kosten en baten binnen dezelfde tijdshorizon situeren, kunnen theologisch gefundeerde ethische overwegingen vooruitgrijpen op een wereld die men *hoopt* te verwerkelijken. Dat is – bij wijze van voorbeeld – de benadering in de pauselijke encycliciek *Laudato sí* van het klimaatbeleid. (...) Als wij daarvoor de woorden 'politieke theologie' weer durven te gebruiken, zullen die een radicaal andere inhoud moeten krijgen

¹¹³ Vgl. Marietta Auer, 'What is legal theory?', in: *Rechtsgeschiede / Legal History*, vol. 29 (2021), p. 30-39: 'it is a fundamentally philosophical insight that legal scholarship cannot restrict itself to doctrinal jurisprudence or mere "law and ..." studies in classic foundational fields such as legal history, legal philosophy, or law and economics. The landscape of legal scholarship can and should be mapped onto the entire landscape of the sciences and humanities. [...] This is finally where legal theory can be reframed as a philosophical theory of multidisciplinary jurisprudence' (p. 37-38).

dan de beruchte reactionaire inkleuring van een eeuw geleden.¹¹⁴ Te denken valt aan de actualiserende theologie van J.B. Metz, die prioriteit geeft aan de lijdenden en postkoloniale ervaringen verdisconteert.¹¹⁵ Tot het domein van de politieke theologie kan ook het werk van de Grieks-Orthodoxe theoloog Christos Yannaras worden gerekend, die in een recent boek het begrip van de rechten van de mens herijkt, een thema dat van belang is voor de constitutionele fundering in een orthodoxe context van de internationale rechtsorde.¹¹⁶ De door Dugin gepropageerde en in de huidige oorlog tot uitvoering gebrachte afwijzing van rechten van de mens is immers mede gelegitimeerd door de afwijzing van individuele mensenrechten door de Russisch-Orthodoxe patriarch van Moskou – een van de thema's in Dugins en Poetins genadeloze confrontatie met 'het Westen'. De verbinding van recht en vrede kan worden gezien als een manifestatie van de *iustitia Dei*, de barmhartige "Menschenfreundlichkeit" von Gottes Gerechtigkeit' in de woorden van Karl-Wilhelm Merks.¹¹⁷ Dit opent theologische perspectieven in interdisciplinair onderzoek naar de rechten van de mens.

De ondergrond voor echte interdisciplinariteit is er, in onze universiteit, mits we ons realiseren dat methodologische klaarheid van de disciplines daarvoor een conditie is. Wie goed kijkt, ziet nieuwe loten ontstaan aan de stam van de boom der kennis. Daarom wilde ik niet alleen met zorg maar ook met hoop vanmiddag erover spreken hoe recht en vrede met elkaar verbonden zijn en schade voor de aarde en mensheid met meer waakzaamheid kan worden afgewend. Als blijk van mijn diepe erkentelijkheid voor al dat waarop ik mag terugkijken, de lange en bewogen tijd sinds ik vier decennia geleden mijn hoogleraarsambt aan onze universiteit aanvaardde, wilde ik ook nu met hoop vooruitzien, samen met u.

Ik heb gezegd.

¹¹⁴ John P. McCormick, 'The Political Theology of Carl Schmitt', in: Jens Meierhenrich & Oliver Simons, *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford / New York, Oxford University Press 2016, p. 245-268.

¹¹⁵ F. Schüssler Fiorenza, K. Tanner & M. Welker (red.) *Politische Theologie: Neuere Geschichte und Potenziale*, Neukirchen-Vluyn: Neukirchener Verlagsgesellschaft 2011.

¹¹⁶ Christos Yannaras, *The Inhumanity of Right*, London: James Clarke 2022.

¹¹⁷ Karl-Wilhelm Merks, *Theologische Fundamentelethik*, Freiburg / Basel / Wien: Herder 2020, p. 440, met verwijzing naar Thomas van Aquino, *Summa Theologiae*, I 21,3 ad 2 en 4c.