

Recht en politiek in de klimaatzaken

Een sleutelrol voor het internationaal recht in de argumentatie van de nationale rechter*

Vincent Dupont

1. Inleiding

In juni 2015 beval de Haagse rechtbank de Nederlandse Staat de jaarlijkse uitstoot van broeikasgassen in Nederland te beperken met ten minste 25% tegen het jaar 2020.¹ Deze beslissing van de rechtbank van Den Haag in de zogenaamde Urgenda-zaak deed vier jaar geleden veel stof opwaaien, voornamelijk in Nederland, maar zeker ook in de rest van de wereld.² Het vonnis, en de daaropvolgende beslissingen in dezelfde zaak, wierpen eveneens veel vragen op omtrent de rol die een rechter kan spelen in deze complexe en gevoelige materie, en bij uitbreiding in de samenleving in haar totaliteit.³

Bijzonder interessant waren de verwijten gemaakt aan de rechtbank wat betreft haar politieke rol. Ze was hier duidelijk over de schreef gegaan, zo werd beweerd.⁴ De Haagse rechter had de staat verantwoordelijk gesteld voor de toekomstige gevaren die de klimaatverandering met zich mee zou brengen, en haar bevelen deze klimaatverandering te temperen door adequate beleidsmaatregelen te nemen. Er werd beweerd dat de rechtbank daarmee het terrein van het recht had verlaten. Critici stelden dat ze zich waagde op het domein van de politiek, met alle gevaren van dien. De rechter in beroep zou wat hen betreft het vonnis moeten terugdraaien, wensten we niet de doos van Pandora te openen. Deze kritieken werden echter niet gevolgd. Zowel de rechter in beroep als de Hoge Raad bevestig-

* Hartelijk dank aan de twee referenten voor de vele stimulerende opmerkingen, die dit artikel ongetwijfeld naar een hoger niveau hebben getild

1 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, alinea 5.1.

2 Met name de Belgische klimaatzaak zou beschouwd kunnen worden als een dochter van het Urgenda-verhaal. Na een lange tijd te zijn vastgelopen in een procedurekwestie lijkt deze nu eindelijk van start te kunnen gaan wat de kwesties ten gronde betreft. Zie hiervoor Anemoon Soete en Hendrik Schoukens, 'Klimaatverandering in de rechtbank. De rechter als scherprechter bij een falend milieubeleid?', *NJW* (2016): 186-203. Relevant in onze thematiek: Dagvaarding door Klimaatzaak vzw, 27 april 2015, 32-33; Conclusions principales VZW/ASBL Klimaatzaak, 21 juni 2019, R.G. n° 15/4585/A, 266-273.

3 Zie Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; Hoge Raad 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

4 Zie hiervoor Lucas Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis. Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJ* (2015): 2280-2284; Roel Schutgens, 'Urgenda en de trias', *NJ* (2015): 1681. Dit argument wordt tot in cassatie aangehaald door de Nederlandse staat. Zie bv. Procesinleiding vorderingsprocedure Hoge Raad, K. Teuben, M.W. Scheltema en J.W.H. van Wijk, 8 januari 2019, alinea 9.5; Pleitnota mrs. K. Teuben en J.W.H. van Wijk, 24 mei 2019, 23, 25.

Vincent Dupont

den de conclusie van de rechtbank.⁵ Van hun kant maakten de rechtbank en het Hof duidelijk dat ze netjes binnen de grenzen van het recht waren gebleven. Hoewel het toegegeven een dunne lijn was, beschouwden ze het precies als hun taak in te grijpen. Dit was geheel gebeurd binnen het domein van het recht, en politieke overwegingen hadden geen rol gespeeld in de vonnissen.

Een ander interessant element was het uitvoerig gebruik door de rechtbank, het Hof en de Hoge Raad van argumenten die niet rechtstreeks voortkwamen uit het nationale recht.⁶ Cruciaal in de uitgebreide argumentatie van de rechtbank waren wetenschappelijke informatie, internationaalrechtelijke verdragen, normen en principes en Europeesrechtelijke beginselen. Dezen werden allen gebruikt om begrippen uit de nationale rechtsorde in te vullen en richting te geven. Het Hof en de Hoge Raad hebben dit, weliswaar op een iets andere manier, overgenomen. We kunnen ons afvragen in hoeverre deze materialen, die vaak als uitermate open worden beschouwd, de rechter in staat hebben gesteld politieke overwegingen te laten binnensijpelen in het recht. Of moeten we dit anders formuleren, en ons de vraag stellen hoe ze de rechtbank de kans hebben gegeven op een creatievere manier om te springen met de juridische argumentatie?

Het is nu juist de scheiding tussen de domeinen van het recht en de politiek die hier geëvalueerd zal worden. Mede geïnspireerd door de *Critical Legal Studies Movement (CLS)* zullen we ons afvragen of deze tweedeling werkelijk zo duidelijk kan en moet gemaakt worden. Ook zullen we bekijken wat de mogelijke motivaties voor het maken van een dergelijk onderscheid zijn, en welke consequenties er uit kunnen voortvloeien. De binaire kijk op de relatie tussen recht en politiek dient genuanceerd en verrijkt te worden, om zo ook de beslissingen van de rechters in de klimaatzaken vanuit een ander perspectief te kunnen bekijken. We onderzoeken de rol die het internationaal recht kan spelen in het discours van de nationale rechter bij het uitdagen of nuanceren van de grens tussen recht en politiek. Dit laatste zal ten slotte deze voornamelijk rechtstheoretische beschouwingen terug wat meer richting de praktijk ombuigen.

Concreet zullen we ons als vraag stellen welke rol het internationaal recht kan spelen ter nuancering van het onderscheid tussen recht en politiek in de argumentatie van de nationale rechter, en specifiek in de klimaatzaken. Er zal worden ingegaan op een thema dat terugkeert in de argumentatie van alle partijen, en tevens in dat van commentatoren: de verhouding tussen de sfeer van het recht en de politieke sfeer. Iedereen lijkt het er over eens te zijn dat de klimaatzaken de grens bewandelen tussen recht en politiek, maar wordt die grens overschreden?

5 Ze kon hier wederom op de nodige kritiek rekenen, die gelijkaardige vormen aannam: Wiebe Hommes, 'Het Hof bedrijft politiek met de Urgenda-uitspraak', *De Volkskrant* (2018); Leonie Breebaart, 'Hoogleraar: Urgenda zadelt regering op met onmogelijke last', *Trouw* (2018). Zie ook het persbericht van de Nederlandse staat.

6 Marc Loth en Rob van Gestel, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJ* (2015): 2602; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, alinea 4-26. Ook volgens de Hoge Raad worden internationaalrechtelijke instrumenten en wetenschappelijk bewijs binnengebracht, gebruikmakende van het EVRM: Hoge Raad 20 december 2019, alinea's 5.4.2, 5.4.3.

Waar ligt deze scheiding precies, als er al zoiets als een scheiding verondersteld kan worden.

2. Het eeuwige rechtspositivisme

De argumentatie van alle partijen en juridische instanties in de klimaatzaken is doordrongen van een conceptie van het recht als objectieve en apolitieke bron van waarheid. De rechter wordt voorgesteld als deskundige en vooral neutrale functionaris, belast met het zorgvuldig opdiepen van die waarheid uit een constellatie van regels en feiten. Er kan en moet een duidelijke scheiding gemaakt worden tussen de wereld van de politiek en deze van het recht. Een rechtbank kan op geen enkele manier politieke overwegingen laten binnensijpelen in haar oordeel, dat uitsluitend gebaseerd dient te zijn op een objectieve waarheid die te vinden is in het recht.⁷ De gestelde vraag lijkt voor de partijen niet wat nu precies de rol van de rechter zou moeten zijn in de samenleving, maar of de rechter al dan niet buiten zijn rol treedt bij het al dan niet toekennen van het verzoek. Achter deze schijnbaar technische discussie gaat natuurlijk een veel fundamentele vraag schuil. De vaak emotionele oproepen aan de rechtbank verraden de hoop een 'moedige', creatieve, maatschappelijk geëngageerde rechter te zien die de betrokken overheden aanzet tot handelen.⁸

Het feit dat elementen van dit soort positivistisch formalisme zijn terug te vinden in de betogen van verschillende actoren in de klimaatzaken zal weinigen

7 Onder meer voor Urgenda: Dagvaarding door Urgenda, 20 november 2013, 136-138.; Pleitnota mr. J.M. van den Berg, 14 april 2015, 19; Conclusie van repliek door Urgenda, 10 september 2014, 210. Voor de Nederlandse staat: Memorie van grieven, 9 april 2016, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/documenten/publicaties/2016/04/09/memorie-van-grievens-9-4-2016, 156-161; Conclusie van antwoord door de Staat der Nederlanden, 2 april 2014, http://gallery.mailchimp.com/91ffff7bfd16e26db7bee63af/files/Conclusie_van_antwoord.pdf, 10. Zie ook Memorie van grieven, 9 april 2016, 156; Conclusie van antwoord door de Staat der Nederlanden, 2 april 2014, 85. Ook de rechtbank argumenteert binnen deze logica wanneer ze benadrukt dat 'De rechter (...) daarbij niet in het politieke domein (treedt), met de daarbij behorende afwegingen en keuzen. Hij moet zich, los van iedere politieke agenda, beperken tot zijn domein, de toepassing van het recht', Rb. Den Haag 24 juni 2015, alinea 4.95. Ook alinea 4.97 is sprekend. Voor de rechter in beroep zie Hof Den Haag 9 oktober 2018, alinea 69. Voor de cassatieprocedure: o.a. Conclusie Procureur Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, ECLI:NL:PHR:2019:887, alinea 5.60 e.v.; Hoge Raad 20 december 2019, 8.3.

8 Zie bijvoorbeeld de pleitnota van mr. J.M. van den Berg, 14 april 2015, <http://www.urgenda.nl/documents/PleitnotaVanDenBergUrgendaKlimaatzaak.pdf>, 28: Ik (heb) in bijna alle commentaren gelezen dat de Staat het "dit is een zaak voor de politiek" - verweer zou gaan voeren en dat er moedige rechters nodig zijn om de vorderingen van onze cliënten toe te wijzen.'

Vincent Dupont

verrassen.⁹ Aangezien geen van hen uitweidt over de achterliggende rechtstheoretische motivaties van de gemaakte beweringen, kan hier echter geen specifieke stroming, laat staan auteur, worden geïdentificeerd. We zien wel duidelijk de invloed van het zogenaamde klassieke formalisme¹⁰ terugkomen in verscheidene delen van de argumenten. Het onderscheid en de grens tussen politiek en recht wordt veelvuldig benadrukt, en de onafhankelijkheid en objectiviteit van het recht verdedigd.

Het geregeld zeer klassiek formalistisch discours moet in het licht van de duidelijke politieke inhoud gezien worden. Het is een vorm van retoriek, bedoeld om de rechtbank af te schermen van kritiek, die op haar beurt de vorm zal aannemen van net dezelfde soort retoriek. Het is duidelijk dat het kiezen voor een klassiek formalistisch discours een effectieve techniek kan zijn voor het verbergen of minimaliseren van de ideologische of politieke inhoud van een bepaalde beslissing. Formalisme geniet aanzien dankzij de wortels die het heeft in het verlichtingsdenken, en omdat een groot deel van de publieke opinie wordt aangetrokken door het simplistisch beeld van de rechtspraak als het louter toepassen van de wet. Precies daarom kan het een grote legitimerende kracht hebben.¹¹ Door de genomen beslissing, of de verkozen te nemen beslissing, te presenteren als de enige geldige oplossing wordt meteen het debat met betrekking tot vele poten-

- 9 Dezelfde argumenten kunnen in vele gelijkaardige zaken teruggevonden worden en dezelfde opvatting wordt breed gedragen door de verschillende actoren in de juridische wereld, en door de bevolking in het algemeen. Zie o.a. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (Cambridge: Harvard University Press 1978), 44-45; Duncan Kennedy, *A critique of adjudication: fin de siècle* (Cambridge: Harvard University Press, 1997), 23; Mitchell Lasser, 'Judicial (self-)portraits: Judicial discourse in the French legal system', *The Yale Law Journal* (1995): 1334-1339; Liam Murphy, *What makes law: an introduction to the philosophy of law* (New York: Cambridge University Press, 2014) 10-11; Roberto Mangabeira Unger, *The critical legal studies movement* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), 1-4. Voor studies die deze attitudes empirisch benaderen, zie o.a.: Vanessa Baird and Amy Gangl, 'Shattering the Myth of Legality: The Impact of the Media's Framing of Supreme Court Procedures on Perceptions of Fairness', *Political Psychology*, (2006): 597-614; Michal Ovadek, 'The Apolitical Lawyer: Experimental Evidence of a Framing Effect', *SSRN Paper*, (2019): 2-5, 10-13.
- 10 De rechters als 'la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur', Charles de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Paris: Didot, 1816), tome II, 57; het syllogistisch denken van onder meer Beccaria: Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines, traduit de l'italien, d'après la troisième édition revue, corrigée & augmentée par l'auteur* (Philadelphie : John Robert, 1775). Ook denkers als Kant, Condorcet en Hamilton deelden gelijkaardige opvattingen. Zie Massimo La Torre, 'Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation', *Ratio Juris* 15(4) (2002): 377-379. Voor een verdediging van dynamische rechtspraak gebruikmakend van een ruime interpretatie van Montesquieu's werk, zie Maurice Adams, *Teugels en Tegenwichten in de Democratische Rechtsstaat: over rechtspraak en politiek in de 21ste eeuw* (Paramaribo, FHR Lim a Po Institute for Social Studies, 2018).
- 11 Eenzelfde discours ziet men ook wanneer de rechterlijke macht onder uitzonderlijke druk komt te staan, bijvoorbeeld onder autoritaire regimes. Rafał Mańko, 'Survival of the Socialist Legal Tradition? A Polish Perspective', *Comparative Law Review* (2013): 5-7; Daniela Piana, 'The Power Knocks at the Courts' Back Door: Two Waves of Postcommunist Judicial Reforms', *Comparative Political Studies* (2009): 820; Bruno Schönfelder, 'The evolution of law under communism and post-communism: a system-theory analysis in the spirit of Luhmann', *Financial Theory and Practice* (2016): 314-315.

tieel relevante aspecten (politieke motivering, ideologische motieven, rechtvaardigheid, ...) uit de weg gegaan.¹² Sommigen verwijten de auteurs van dit soort formalistische beslissingen dan ook een vorm van blindheid, zelfs kwade trouw.¹³

3. Andere wegen

Nauw verbonden met de vervaging van de grens tussen politiek en recht in de rechtspraak is de vraag betreffende het onderscheid tussen het toepassen en het tot stand brengen van wetgeving, objectiviteit en subjectiviteit, open en gesloten materialen, etc. Bij een grondigere analyse van interpretatie in de juridische context blijkt al spoedig dat deze duidelijke dichotomieën niet zonder meer kunnen worden behouden, en dat ze zelfs geheel verworpen dienen te worden. Bij het toepassen van algemeen geformuleerde regels op een concrete zaak beschikt de rechter altijd over vrijheid, aangezien geen enkel geïnterpreteerd materiaal in staat is de uitkomst geheel te bepalen.¹⁴ Ten eerste kan de rechter kiezen hoe hij de rechtsvragen kadert, op welke manier hij de zaak benadert en dus welke materialen hij zal toepassen.¹⁵ Daarnaast zullen door de eigenschappen van taal zelf de – noodzakelijk talige – materialen aangehaald in een vonnis geen eenduidige, objectieve betekenis in zich dragen, en dus een inherent open karakter vertonen.¹⁶ In elk vonnis zal de rechter dus de (theoretische) vrijheid hebben om tot de oplossing te komen die door hem het meest opportuun wordt geacht. Het is

- 12 H.L.A. Hart, *The concept of law* (Oxford: Clarendon, 1961), 129-130; Frederick Schauer, 'Formalism', *Yale Law Journal* (1988): 513-514; zie ook Kennedy, *A critique*, 205-212.
- 13 Kennedy, *A critique*, 205- 208; Gary Minda, 'Denial: not just a river in Egypt.(psychological denial in judges)', *Cardozo Law Review* (2001): 915; Dennis Davis, 'Adjudication and Transformation: Out of the Heart of Darkness', *Cardozo Law Review* (2001): 831-832; Allan Hutchinson, 'The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts', ed. David Dyzenhaus, *Recrafting the rule of law: the limits of legal order* (Portland: Hart Publishing, 1999), 213. Voor het gebruikte concept van kwade trouw, zie ook Jean-Paul Sartre, *L'être et le néant : essai d'ontologie phénoménologique* (Paris : Gallimard, 2014), 83-84, 103-104.
- 14 Een fundamenteel inzicht voorgestaan door onder meer de Critical Legal Studies Movement, David Kairys, *The Politics of Law: A Progressive Critique* (New York: Basic Books, 1998), 2-5; Paul Oetken, 'Form and Substance in Critical Legal Studies', *The Yale Law Journal* (1991), 2211-2212.
- 15 Davis, 'Adjudication and Transformation', 821; Duncan Kennedy, 'Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology', *Journal of Legal Education* (1986): 523-524.
- 16 Verschillende CLS-auteurs trekken een parallel tussen hetgeen binnen het poststructuralisme geschreven wordt over de interpretatie van teksten, en de interpretatie van juridische materialen, die noodzakelijk tekstueel zijn. Tekens kunnen niet op een eenduidige manier verwijzen naar iets in de werkelijkheid, maar zullen altijd ook verwijzen naar andere tekens en dus ook beïnvloed worden door betekenissen uit het verleden, contexten. John McCormick, 'Schmittian positions on law and politics? CLS and Derrida', *Cardozo Law Review* (2000): 1696. Zie ook: Jacques Derrida, 'La Différance', *Théorie d'ensemble* (Paris: Seuil, 1968), 49-50; David Novitz, 'Metaphor, Derrida, and Davidson', *Journal of Aesthetics and Art Criticism* (1985): 104; Madan Sarup, *An introductory guide to post-structuralism and postmodernism* (Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1988), 33-34. Volgens Koskenniemi is het echter de wereld zelf die een dergelijk open karakter kent; Martti Koskenniemi, 'What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism', *Leiden Journal Of International Law* (2016): 731-733. Deze openheid biedt de interpreterende rechter een zekere ruimte voor creativiteit.

Vincent Dupont

onvermijdelijk dat persoonlijke overtuigingen van de rechter een bepalende rol spelen.

Zijn rechters dan de facto wetgevers, is er geen onderscheid meer te maken tussen politiek en recht? Mede vertrekkend van, en geïnspireerd door de discussies omtrent de interpretatie van literaire werken, opperen wij hier van wel. Rechters functioneren in een bepaalde maatschappelijke context,¹⁷ en er worden van hen een heel aantal zaken verwacht. De rechter wordt beperkt door de concrete juridische en maatschappelijke context, die soms veel mogelijkheden open laat, en op andere momenten juist heel dwingend in de richting van een bepaalde oplossing wijst. Het oordeel van de rechter zal door de interactie met juridische materialen altijd op een bepaalde manier beperkt en bepaald worden door deze materialen. Hutchinson stelt dat de regels en degenen die ze gebruiken verwickeld zijn in 'a mutually affecting relationship'.¹⁸ De keuze die een rechter maakt zal in onze maatschappij altijd gemotiveerd moeten worden. Opdat deze motivatie als overtuigend, of zelfs maar als geldig wordt beschouwd, is het gebruik van juridische argumenten onontbeerlijk. De rechter is dus enerzijds vrij het vonnis zo te construeren dat het strookt met wat hem juist of rechtvaardig lijkt. Hij zal langs de andere kant echter steeds op een bepaalde manier gebruik moeten maken van de juridische traditie, en de soort argumenten die daarbinnen geaccepteerd worden.¹⁹

De analogie tussen de interpretatie van juridische bronnen en die van literatuur wordt door sommigen verder doorgetrokken naar het muzikale veld, en meer specifiek de praktijk van de (muzikale) improvisatie. Dit kan dienen als een nuttige metafoer om ons standpunt hier te illustreren. Hoewel in juridische argumentatie zo goed als altijd de rol van creativiteit wordt genegeerd of ontkend, kan de rechter bij het vervullen van zijn taak algemene regels toe te passen op concrete gevallen niet anders dan een zekere creativiteit aan de dag leggen. Hij moet

- 17 Voor de context als beperkend in literaire interpretatie: Stanley Fish, 'Normal Circumstances, Literal Language, Direct Speech Acts, the Ordinary, the Everyday, the Obvious, What Goes without Saying, and Other Special Cases', *Critical Inquiry* (1978): 643-644. De parallel met recht is snel gemaakt: Martin Katz, 'After the deconstruction: law in the age of post-structuralism', *University of Western Ontario Law Review* (1986): 53-54; Walter B. Michaels, 'Against Formalism: The Autonomous Text in Legal and Literary Interpretation', *Poetics Today* (1979): 31-33. Er kan echter opgemerkt worden dat deze context op zijn beurt geïnterpreteerd moet worden door degene die er zich door beperkt weet. Gary Peller, 'The Metaphysics of American Law', *California Law Review* (1985): 1172-1173.
- 18 Hutchinson, 'The Rule of Law Revisited', 210-212; In tegenstelling tot wat Hutchinson vaststelt, is dit mijns inziens niet noodzakelijk onverenigbaar met Kairys' stelling dat het recht 'a variety of rationalisations that a judge may freely choose from' uitmaakt; zie David Kairys, 'Law and politics', *George Washington Law Review* (1984): 245. Uitleggen en veranderen zijn ook hier intiem met elkaar verbonden. Stanley Fish, 'Short people got no reason to live: reading irony', *Daedalus* (1983): 189-191; Stanley Fish, 'Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism', *Critical Inquiry*, *The Politics of Interpretation* (1982): 211-212.
- 19 Kennedy, 'Freedom and Constraint in Adjudication', 521-527, 557-558; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 67, 546. Zie ook de discussie rond de 'interpretative community', Katz, 'After the deconstruction', 55-56.

immers kunnen inspelen op veranderende situaties en maatschappelijke noden. Wanneer de afwezigheid van (de mogelijkheid van) objectiviteit en de creërende rol van de rechter wordt erkend, zal rechtspraak al snel gereduceerd worden tot een uitoefening van totale willekeur, waardeloos en gevaarlijk, de naam recht onwaardig.²⁰ Net als bij improvisatie zal de rechter, hoewel vrij, toch ook uitermate gebonden zijn, en wel door de context waarbinnen hij opereert, de verwachtingen van de gemeenschap, de materialen die hij kiest als vertrekpunt, etc. Een muzikant die improviseert zal maar als kundig beschouwd worden als hij of zij binnen het door de andere muzikanten geschetste kader opereert. Hij dient op een waardevol geachte manier gebruik te maken van de gepaste muzikale tradities om tot een waardevolle interpretatie van de context en tradities te komen.²¹ Zowel context, interpretatieve gemeenschap als de gebruikte materialen medieren hier de vrijheid die de muzikant/rechter heeft bij het interpreteren. Anarchie en willekeur vloeien net zomin voort uit deze vrijheid als kakafonie zou voortvloeien uit improvisatie.²²

De vraag naar de scheiding tussen politiek en recht lijkt in dit licht aan pertinentie in te moeten boeten. Interpretatie en dus ook rechtspraak zijn noodzakelijk subjectief, en politiek geladen. Als politiek, dus hetgeen traditioneel verstaan wordt als 'law making',²³ neerkomt op de vraag hoe de samenleving te structureren, dan doet rechtspraak net hetzelfde.²⁴ Lon L. Fuller trekt een parallel tussen het beslechten van geschillen en verkiezingen, beiden zijn voor hem 'forms of social ordering'. Men zou deze parallel verder kunnen doortrekken, om ook wetgeving te bevatten.²⁵ Misschien ligt het verschil hierin dat doorheen rechtspraak regels worden gecreëerd, een bepaalde instelling van de maatschappij naar voren wordt geschoven, gebruikmakende van en verwijzende naar andere regels. Recht wordt dan niet zomaar gereduceerd tot politiek, politiek vindt plaats binnen het recht zelf.²⁶ Het onderscheid tussen de twee bestaat dan misschien eerder uit het feit dat het recht een bepaald als juridisch beschouwd discours inhoudt. Binnen

- 20 Sara Ramshaw, 'The Creative Life of Law: Improvisation, Between Tradition and Suspicion', *Critical Studies in Improvisation* (2010): 7; Zie ook, alhoewel over recht als *performing art* in het algemeen: J. M. Balkin and Sanford Levinson, 'Interpreting law and music: performance notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"', *Cardozo Law Review* (1999): 1518-1519.
- 21 Thierry Jousse, 'La Langue de l'autre: entretien avec Jacques Derrida et Ornette Coleman', *Les Inrockuptibles* (1997) : 37-40; Sara Ramshaw, 'The Paradox of Performative Immediacy: Law, Music, Improvisation', *Law, Culture and the Humanities* (2016) : 9, 12.
- 22 Wendy Adams, "'I Made a Promise to a Lady": Critical Legal Pluralism as Improvised Law in Buffy the Vampire Slayer', *Critical Studies in Improvisation* (2010): 1, 3.
- 23 Unger, *The critical legal studies movement*, 2.
- 24 'Notions about the actual and proper organisation of people into collectivities', ed. Donald Borchard, *The Encyclopedia of philosophy* (Detroit: Gale, 2006, v 7): 654; 'Normative science which treats of the organisation of social goods', ed. Dagobert Runes, *Dictionary of philosophy* (New York: Philosophical Library, 1983), 258; Richard Falk, *The role of domestic courts in the international legal order* (Syracuse: Syracuse University Press, 1964), 4-5.
- 25 Zie hiervoor Lon L. Fuller en Kenneth Winston, 'The Forms and Limits of Adjudication', *Harvard Law Review* (1978): 363-364.
- 26 Dencho Georgiev, 'Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law', *European Journal of International Law* (1993): 13-14; Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 536.

Vincent Dupont

deze manier van redeneren en redevoeren zullen dan overwegingen omtrent de juiste instelling van de maatschappij (politieke overwegingen dus) een sturende of richtinggevende werking hebben.

Zowel in wat men traditioneel de politiek noemt als wat men bestempelt als de toepassing van het recht, hebben actoren mogelijk eenzelfde reeks motivaties. Ze kunnen vertrekken van een persoonlijke conceptie van wat goed/rechtvaardig is binnen een samenleving, hun eigen beeld van wat het volk op dit moment verlangt/het recht of de juridische gemeenschap ze dicteert nalopen, ze kunnen gericht zijn op het opbouwen van macht/een carrière, op overwegingen omtrent het beperken van werklust, etc.²⁷ De manieren waarop deze motivaties worden verwezenlijkt zijn in de twee sferen dan wel anders. Zeker in de continentale traditie is het in een juridische argumentatie cruciaal te verwijzen naar als juridisch erkende materialen. Dit zal de kern vormen van de autoriteit van het oordeel. Alhoewel dit in politieke argumentatie ook steeds meer het geval is (zie bv. verwijzingen naar EU-instrumenten, het EHRM, internationaal recht, etc.),²⁸ worden hier toch vooral argumenten van praktische of principiële aard aangehaald.

4. Het internationale recht als breekijzer of paard van Troje?

De rol die het internationaal recht in deze kwestie speelt, is van cruciaal belang. Verlost van de beschuldigingen van vaagheid en openheid zal het een belangrijk instrument vormen voor de rechter, zelf verlost van aantijgingen van activisme en politiek engagement, voortgebracht uit een onmogelijk mechanisch beeld van rechtspraak. Hoewel vrij, is de rechter niet onbeperkt. Argumentatie aan de hand van internationaal recht kan de reikwijdte van het vonnis vergroten, en de aan-

27 Klaas Beniers and Robert Dur, 'Politicians' motivation, political culture, and electoral competition', *International Tax and Public Finance* (2007): 30; Einer Elhauge, 'Does interest group theory justify more intrusive judicial review?', *Yale law journal* (1991): 85-86; Kennedy, 'Freedom and Constraint in Adjudication', 521; Frederick Schauer, 'Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior', *University Of Cincinnati Law Review* (2000): 628-631; Lynn Stout, 'Judges as altruistic hierarchs', *William and Mary Law Review* (2002): 1608-1610; Lynn Stout, 'Strict scrutiny and social choice: an economic inquiry into fundamental rights and suspect classifications', *Georgetown Law Journal* (1992): 1824-1826.

28 Bv. de 'legalization of world politics', Eyal Benvenisti, 'Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts', *The American Journal of International Law* (2008):, 246-247; Jean D'Aspremont, 'The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order', eds. in Ole Kristian Fauchald en Andre Nollkaemper (eds.), *The practice of international and national courts and the (de-)fragmentation of international law* (Portland: Hart Publishing, 2012), 145; Martin Rogoff, 'Interpretation of international agreements by domestic courts and the politics of international treaty relations: reflections on some recent decisions of the United State Supreme Court', *American University Journal of International Law and Policy* (1996):, 675-679; Rogoff spreekt in deze context ook over 'depoliticization', waarbij de uitvoerende en wetgevende machten internationaalrechtelijke kwesties verwijzen naar de rechterlijke macht. We zouden dit ook kunnen zien als een 'politicization' van de rechtspraak hieromtrent. Ook hier zullen recht en politiek dus in elkaar overvloeien.

vaarding ervan ondersteunen.²⁹ Het gebruik van dergelijke instrumenten kan de rechter helpen op een creatievere manier om te gaan met het kader waarbinnen hij zich bevindt, om zo drukkende maatschappelijke problemen aan te pakken.³⁰ Tegelijk staat het de rechter toe zich beter te verweren tegen kritieken vanuit een formalistische hoek, door een redenering op te bouwen die ook kan passen binnen dit formalistische beeld van de taak van de rechter, en deze zelfs bevestigt.

De onduidelijkheid van het onderscheid tussen de creatie en applicatie van het recht wordt bij het gebruik van internationaalrechtelijke instrumenten door de nationale rechter nog versterkt. Wanneer deze rechter internationaal recht gebruikt in zijn argumentatie zal hij in zekere situaties niet alleen recht toepassen, maar het eveneens creëren, in een sterkere zin dan bij de toepassing van nationaal recht. De gedragingen van nationale rechters kunnen immers in rekening gebracht worden bij het bepalen van 'state practice'. Dit zal een element vormen bij de vaststelling en totstandkoming van internationaal gewoonterecht.³¹ De grens tussen politiek en recht, rule-application en rule-making vervaagt hier dus verder.³²

In de Nederlandse klimaatzaken zijn de overwegingen gebaseerd op Europees en internationaal recht van cruciaal belang om tot de uiteindelijke uitspraak te komen. Er zijn verschillende mogelijke manieren om dit soort instrumenten in te bouwen in een juridische redenering. Belangrijk in het vonnis in eerste aanleg is dat, hoewel gesteld werd dat aan de aangehaalde principes en akkoorden geen directe werking kon worden toegedicht, ze gebruikt werden om inhoud te geven aan de door nationaal recht bepaalde zorgplicht.³³ De zogenaamde 'reflexwerking' van deze materialen is een centraal argument in het vonnis, dat de rechter er toe leidt te concluderen dat de staat deze zorgplicht heeft geschonden, en dus haar emissies dient terug te dringen tot onder een bepaald maximum.³⁴ Een robuus-

29 Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 557; 'we never overcome context dependence. But we may loosen it.'; Roberto Mangabeira Unger, *Social theory: its situation and its task : a critical introduction to politics : a work in constructive social theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987), 21-22.

30 Nigel Purvis, 'Critical legal studies in public international law', *Harvard International Law Journal* (1991): 108, 114, 120.

31 Ian Brownlie, *Principles of public international law* (Oxford: Oxford university press, 2008), 6-7, 23; Eleni Methymaki en Antonios Tzanakopoulos, 'Another Brick in the Wall – Reflexivity of the Sources and the Enforcement of International Law: Domestic Courts as Sources and Enforcers', eds. Samantha Besson en Jean d'Aspremont, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 14-18; Lassa F. L. Oppenheim, *Oppenheim's international law volume 1: Peace* (Harlow: Longman, 1992), 26; Malcolm Shaw, *International law, Seventh Edition* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 58.

32 Anthea Roberts, 'Comparative International Law – The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law', *International and Comparative Law Quarterly* (2011): 62-63.

33 'Zij bepalen echter wel in belangrijke mate het kader voor en de wijze van de bevoegdheidsuitoefening door de Staat.'; Rb. Den Haag 24 juni 2015, alinea 4.63.

34 Rb. Den Haag 24 juni 2015, alinea 4.43; Marc Loth, 'Too Big to Trial? Lessons from the Urgenda Case', *Uniform Law Review*, 23(2) (2018): 341, 352 e.v.

Vincent Dupont

tere optie bestaat uit de verplichte toepassing en prioriteit van internationale of supranationale rechtsnormen met directe werking, in monistische stelsels zoals het Nederlandse. De rechter in beroep haalde met name de artikelen 2 en 8 EVRM aan als basis voor het bevel tot emissiereductie. In dit kader speelden andere internationaalrechtelijke instrumenten een eerder aanvullende rol.³⁵ In beide gevallen geven deze open internationale en supranationale rechtsnormen de rechter de kans een door hem als inadequaar beschouwd beleid bij te sturen, en toch binnen een juridisch discours te blijven handelen dat expliciet uitgaat van een formalistisch vertrekpunt.³⁶

Een andere keuze van de rechter was echter net zo politiek geladen geweest, in de zin dat het evenzeer een bepaald soort ordening van de maatschappij naar voren had geschoven als het nu uitgebrachte vonnis. Indien de vraag van Urgenda belicht werd vanuit het perspectief van de staat, en haar prerogatief wat betreft wetgeving omtrent klimaatzaken, kan men zonder veel moeite het tegenovergestelde oordeel bereiken. Dit zou echter neerkomen op het prioriteren van de – weliswaar dominante – overtuiging dat de vrijheid van handelen van de publieke overheid de zekere en in casu grotendeels onbetwiste schade die daaruit zal voortvloeien overschaduwet. Het vonnis zou dan eveneens een oordeel hebben geveld over de machtsbalans binnen de maatschappij, de rol van de rechterlijke macht, en de burgers die er beroep op doen. Men zou kunnen opwerpen dat in belangrijke maatschappelijke kwesties hoe dan ook naar de wetgevende en uitvoerende machten verwezen moet worden, en dat de rechterlijke macht dit moet bestendigen. In welke mate wordt dan echter de rechtsstaat uitgehold?³⁷ Georges Scelle was hierin radicaal, en stelde dat beleidsmakers ondergeschikt zijn aan de wet. Een nalaten van de rechtspraak deze verhouding te handhaven zou dan neerkomen op het ondergraven van de rechtsstaat, en het uithollen van het recht zelf. Scelle gaat hierbij wel uit van een strikte scheiding tussen recht en politiek, al staat hij een genuanceerd beeld voor van het objectief en soeverein recht, dat voortkomt uit, en mee evolueert met de maatschappij zelf, en de solidariteit die daarbinnen bestaat tussen individuen.³⁸

- 35 De ‘reflexwerking’ wordt hier niet meer aangehaald. Zie Laura Burgers en Tim Staal, ‘Climate action as positive human rights obligation: The appeals judgment in Urgenda v the Netherlands’, *Amsterdam Law School Research Paper* No. 2019-01, 9-13; Hof Den Haag 9 oktober 2018, alinea 51 en 69. Plv. procureur-generaal Langemeijer en advocaat-generaal Wissink achten een concreter gewicht toepasselijk: Conclusie Procureur Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, alinea 4.135-4.137; Hoge Raad 20 december 2019, 5.4.
- 36 Rb. Den Haag 24 juni 2015, alinea 4.95; Hof Den Haag 9 oktober 2018, alinea 69. Hetgeen men zeker als ‘innovatief’ kan beschouwen. Zie Jesse Lambrecht en Claudia Ituarte-Lima, ‘Legal innovation in national courts for planetary challenges: Urgenda v state of the Netherlands’, *Environmental Law Review* 18(1) (2016): 63.
- 37 Uitgaande van het idee van het recht als een beperking op de macht van de staat; Andrea Arnaud, ed., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (Paris: LGDJ, 1988), 150.
- 38 Zie Georges Scelle, *Précis de droit des gens: principes et systématique, Volume I* (Paris: Sirey, 1932), ix-x, 3-4, 13; Hubert Thierry, ‘The Thought of Georges Scelle’, *European Journal of International Law* (1990): 196-199.

Het internationaal recht vindt op vele manieren toegang tot de argumentatie van de nationale rechter, en de interactie tussen internationaalrechtelijke normen en nationaalrechtelijke materialen neemt wereldwijd zienderogen toe.³⁹ Naast de wetgevende initiatieven die internationaal recht incorporeren in de nationale rechtsorde, interpreteren rechters het nationaal recht ook in het licht van de internationaalrechtelijke context.⁴⁰ Deze evolutie wordt zeker niet altijd als positief beschouwd. Men ziet het internationaal recht vaak als een rechtstak die het toelaat, in grotere mate dan andere rechtstakken, subjectieve overwegingen binnen te brengen in het recht. Men zet het internationaal recht dan opzij als ‘apologist’. Internationaal recht zal volgens die visie nooit werkelijk staten binden of sturen op het moment dat dezen dit niet opportuun achten. Het valt volledig samen met internationale politiek en heeft dus niet hetzelfde juridische karakter als nationaal recht.⁴¹ Een argumentatie aan de hand van internationaalrechtelijke materialen wordt als inherent open beschouwd.⁴² Het internationaal recht zelf is oneindig flexibel, en dit ondergraaft haar waarde als geldige component in een argumentatie.⁴³ Er kunnen ook bezwaren opgeworpen worden omtrent de democratische legitimiteit van het internationaal recht. Deze is volgens non-binaire opvattingen zeker problematischer dan de legitimiteit van nationale rechtsnormen.⁴⁴ Het mag dus duidelijk zijn dat niet iedereen een rol weggelegd ziet voor internationaal recht in de vonnissen van nationale rechters betreffende nationale aangelegenheden, of enkel een zeer beperkte en goed afgebakende.⁴⁵

Een ietwat genuanceerder beeld op het onbepaalde karakter van het internationaal recht stelt, naar analogie met wat velen stellen omtrent recht in het algemeen, dat op de meeste vlakken duidelijke oplossingen voorhanden zijn. Het is enkel in moeilijke zaken dat het recht een meer open karakter kent, en er noodzakelijk ruimte gelaten moet worden voor overwegingen van een niet objectieve aard. Ook via deze weg kan men de rechter bekritisieren wanneer deze beroep doet

39 Shaw, *International law*, 99.

40 D’Aspremont, ‘The Systemic Integration’, 142-144; Antonios Tzanakopoulos, ‘Domestic courts in international law: the international judicial function of national courts.(The International Judicial Function)’, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review* (2011): 157.

41 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 23-24.

42 Guy De Lacharrière, *La politique juridique extérieure : enjeux internationaux* (Paris : Economica, 1983), 96-103.

43 Joshua Floum, ‘Law making in the global community – book review’, *Harvard International Law Journal* (1983): 280-283; Thierry, ‘The Thought of Georges Scelle’, 197.

44 José Luis Martí, ‘Sources and the Legitimate Authority of International Law: Democratic Legitimacy and the Sources of International Law’, eds. Samantha Besson en Jean d’Aspremont, *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 744 e.v; Samantha Besson en José Luis Martí, ‘Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation’, *Jurisprudence*, 9(3) (2018): 512-530. De verschillende Europees- en internationaalrechtelijke instrumenten aangehaald in de klimaatzaken laten uiteraard zeer uiteenlopende analyses toe met betrekking tot hun democratische legitimiteit. Voor al de materialen kan deze echter geproblematiseerd worden, wanneer vergeleken met normen van nationaal recht.

45 Zie bv. Roger Alford, ‘Misusing international sources to interpret the Constitution’, *American Journal of International Law* (2004): 57-69.

Vincent Dupont

op het internationaal recht in zijn argumentatie, waar dat recht geen duidelijke oplossingen biedt, en dus geen substantiële meerwaarde kan uitmaken.⁴⁶

5. Pleidooi voor een vooruitstrevende creativiteit

Men zou volgens een ietwat positievere insteek de rol die het internationaal recht kan spelen in de argumentatie van de nationale rechter ook kunnen karakteriseren als deze van breekijzer. Door te verwijzen naar internationaalrechtelijke instrumenten kan de rechter potentieel meer slagkracht verwerven dan wanneer hij enkel op instrumenten uit het nationale recht zou steunen.⁴⁷ Waar een bepaald beleid gepercipieerd wordt als manifest inadequaaf kan de rechter gebruikmakende van het internationale recht tussenkomen, en verplichtingen afdwingen die in een andere context nooit als verplichtingen zouden worden bestempeld. In enkele ‘ontwikkellende’ landen kunnen we dit reeds zien gebeuren, onder andere in materies betreffende milieu en klimaat.⁴⁸

Indien men tot de conclusie komt dat een rechter nooit op een neutrale manier kan oordelen, in de zin dat hij altijd een oordeel zal vellen over de manier waarop de maatschappij geordend dient te worden, bepaald door zijn persoonlijke overtuigingen, wat is dan de rol van de rechter in de samenleving? Men zou kunnen opperen dat aangezien de rechter geringe democratische legitimiteit geniet, hij niet zomaar ‘politieke’ beslissingen mag nemen. Als we de bovenstaande conclusie dan doortrekken moet de rol van rechtspraak drastisch ingeperkt worden. Een rechter kan dan onmogelijk maatschappelijke veranderingen teweeg brengen, aangezien dit inherent illegitiem zou zijn. Er rest dan enkel nog een conservatieve rol, hem gedictieerd door de wereld van de ‘politiek’, de wil van het volk. Hier verdedigen we echter een genuanceerdere, volgens sommigen ongetwijfeld activistische rol van de rechtspraak, en van het internationaal recht.

Recht gaat evenzeer over verandering als dat het over behoud gaat. De bestaansreden van rechtspraak is juist de toepassing van noodzakelijk algemene regeling op concrete gevallen. Dit heeft als doel het recht toe te staan flexibel te zijn, om zo niet enkel de wet toe te passen, maar ook te beantwoorden aan een zekere conceptie van rechtvaardigheid.⁴⁹ Recht zal pas echt relevant zijn in een maatschappij als het ook in die maatschappij staat. Dit impliceert nu juist flexibiliteit, creativiteit en veranderlijkheid, inherent aan elke menselijke samenleving.⁵⁰ Indien de taak van het recht enkel een conservatieve was zou het misschien nog enigszins volstaan de rechter een mechanische, toepassende rol toe te kennen. Het is hier en elders echter al ten overvloede geopperd dat dit

46 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 36-41.

47 D’Aspremont, ‘The Systemic Integration’, 144.

48 Benvenisti, ‘Reclaiming Democracy’, 260.

49 Kennedy, ‘Freedom and Constraint in Adjudication’, 555-556.

50 Zie Unger, *Social theory*, 22-23; Unger, *The critical legal studies movement*, 21, 25-26.

manifest inadequaats is, en het recht zou reduceren tot irrelevant, onrechtvaardig en bovendien ook disfunctioneel.⁵¹

Scelle stelde reeds in 1948 een beeld voorop van de globale internationale gemeenschap waarin de mate van internationale solidariteit samenhangt met de verbanden die tussen individuen tot stand komen, 'par-dessus les frontières'. Wanneer we dit toepassen op de huidige klimaatproblematiek zouden we kunnen vaststellen dat interindividuele relaties van afhankelijkheid veelvuldiger zijn dan ooit, aangezien iedereen de impact zal ondergaan van ons collectief gedrag. Deze globale afhankelijkheid staat in se los van de structurerende rol die staten spelen in het internationaal recht, en kan deze overstijgen.⁵² Indien de maatschappij evolueert naar een globalere samenleving, in de zin dat zich een globaal gevoel van solidariteit ontwikkelt, of een nood daaraan, zal het recht deze evolutie moeten volgen, wilt ze relevant blijven. In steeds grotere mate kunnen niet alleen staten, maar ook individuen en rechtspersonen een beroep doen op bepalingen voortkomend uit het internationaal recht. Dit zal de groeiende rol van de nationale rechtbanken in deze kwestie in de hand werken, aangezien men vaker van hen verwacht, en beroep op hen doet, om deel te nemen aan de handhaving en ontwikkeling van deze internationaalrechtelijke normen.⁵³ De rol van het recht moet binnen deze snel veranderende constellatie, in dit precaire evenwicht tussen voordien duidelijk onderscheiden nationale of regionale maatschappelijke belangen en onderwerpen die de globale maatschappij aangaan, nog worden gevonden.⁵⁴ Deze context van strijdende belangen en bestuursniveaus en de onzekerheid over de verhoudingen tussen verschillende actoren en instrumenten die daaruit voortvloeit, stuwt op haar beurt de vraag omtrent de scheiding tussen recht en politiek met aanzienlijke kracht naar boven. Ook hier zal men tot een nieuwe balans moeten komen wilt men kritieken, zowel uit formalistische hoek als vanuit progressievere kanten, kunnen beantwoorden met iets anders dan retoriek, ontwijking of zelfbedrog.

Gebruik van internationaalrechtelijke instrumenten kan een goede manier zijn voor de rechter om te functioneren in de context van een maatschappij die meer

51 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 591-592.

52 Antonio Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoulement fonctionnel) in International Law', *European Journal of International Law* (1990): 210-212; Thierry, 'The Thought of Georges Scelle', 209; Georges Scelle, *Manuel de Droit International Public* (Paris: Editions Domat-Montchrestien, 1948), 17-19.

53 Methymaki en Tzanakopoulos, 'Another Brick in the Wall', 21-22; Tzanakopoulos, 'Domestic courts in international law', 164.

54 Shaw, *International law*, 99, 128-129; We kunnen ook opmerken dat in de praktijk een onderscheid kan gemaakt worden tussen staten met monistische en dualistische regimes. In monistische systemen zal de rechter meer slagkracht hebben bij het toepassen van internationaal recht, aangezien de internationale rechtsorde reeds een grotere acceptatie zal genieten binnen de nationale rechtsorde, en er quasi-automatisch een meer aanwezige positie binnen verwerft. Deze twee types zijn evenwel ideaaltypes, en nergens in zuivere vorm terug te vinden. Zie Methymaki en Tzanakopoulos, 'Another Brick in the Wall', 19.

Vincent Dupont

en meer de nationale grenzen overstijgt, en een internationaal karakter krijgt.⁵⁵ Dit zal versterkt worden door het toenemende bewustzijn betreffende enkele maatschappelijke problemen die zich eveneens op wereldschaal afspelen. Nationale rechters kunnen deze maatschappelijke verschuivingen volgen, en zullen hierbij hun verantwoordelijkheid moeten opnemen.⁵⁶ Dit wil niet noodzakelijk zeggen dat nationale rechters de belangen nastreven van de internationale gemeenschap.⁵⁷ Zelfs vanuit een strikt nationaal perspectief zal de internationale dimensie, en haar impact op de nationale situatie van cruciaal belang zijn.⁵⁸ Het zal echter moeilijk zijn voor nationale rechters deze taak op te nemen wanneer men exclusief op een klassiek formalistisch beeld van het recht steunt.

Om welke reden gebruiken we dan nog steeds een mechanisch, formalistisch beeld van rechtspraak als manier van argumentatie? Dit bevoordeelt de heersende manieren van interpretatie, die evenals alle andere interpretaties beslissingen inhouden betreffende de manier waarop de maatschappij te structureren en dus evenmin apolitiek zijn. Als de rechtspraak werkelijk onafhankelijk is, zou ze zich niet moeten laten leiden of intimideren door de onderliggende machtsstructuren in de maatschappij. In plaats van haar eigen neutraliteit en objectiviteit ten onrechte te verkondigen, zou ze er beter aan doen minstens deze onderliggende structuren bloot te leggen in haar vonnissen, om zo te expliciteren welke keuzes waaruit voortvloeien. Door de argumenten van de partijen, en de aangehaalde materialen te deconstrueren kan ze vervolgens een oordeel vellen dat op een bewustere manier omgaat met de multi-interpretabele materialen.⁵⁹ Men zou bepaalde machtsverhoudingen kunnen ontwaren achter de aanspraak op objectiviteit in het discours van bepaalde actoren, en achter de manier waarop bepaalde teksten worden geïnterpreteerd. Dit is inherent aan de daad van interpretatie zelf en dus niet noodzakelijk problematisch. We wijzen er echter wel op dat het belangrijk is deze structuren bloot te leggen en er zich bewust van te zijn. Aangezien men de eigen politieke keuzes ernstiger zal moeten nemen, en er de verant-

55 Het feit dat interactie en uitwisseling omtrent deze thema's in juridische kringen gemakkelijker en relevanter wordt, zal dit verder in de hand werken. Zie bv. Anne-Marie Slaughter, 'A typology of transjudicial communication', *University of Richmond Law Review* (1994): 129-130.

56 Voorstanders van een actieve rol voor nationale rechters in de globale rechtsorde bepleiten dit al langer; Roberts, 'Comparative International Law', 68; zie ook Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory', 231; Falk, *The role of domestic courts*, xii.

57 Een van de prominente kritieken op Scelle's theorie. Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory', 219; Yuval Shany, 'National Courts as International Actors: Jurisdictional Implications', *SSRN Electronic Journal* (2008): 17-20.

58 In dit verband, en in navolging van Scelle, kan men zich inbeelden dat hoe meer de ontwikkeling en vooral handhaving van internationaal recht los komt te staan van de statelijke actoren die voorheen (en nog steeds) een essentiële structurerende rol speelden, en zich richt naar de individuen als focus van het internationaal recht, hoe meer de rechter zich de dynamieken naar boven gestuwd door de maatschappij kan aantrekken, en een actievere rol kan opnemen binnen de rechtspraak omtrent problematieken van een globale schaal.

59 Merk op dat we hier specifiek verwijzen naar deconstructie als methode, voorgesteld in kritische poststructuralistische benaderingen van recht. J. M. Balkin, 'Deconstructive practice and legal theory', *Yale Law Journal* (1987): 762; Katz, 'After the deconstruction', 53-54, 62-64. Zie tevens noot 16.

woordelijkheid voor zal moeten dragen, zou er op die manier minstens op een eerlijkere, oprechtere manier geoordeeld kunnen worden.⁶⁰

Als we accepteren dat politieke overwegingen hoe dan ook elk vonnis beïnvloeden, en toch de gedachte en de praktijk van een onafhankelijk recht willen behouden, kunnen we een beeld vooruitschuiven van politiek binnen het recht. Binnen juridische structuren en argumentatie zullen zich politieke overwegingen bevinden. Dit ondergraaft echter geenszins het juridische karakter van de argumentatie, aangezien deze zich nog altijd volkomen in het domein van het recht begeeft. Het domein van de politiek kan dan zoals hierboven beschreven worden als het beantwoorden van de vraag hoe de maatschappij te structureren. Deze antwoorden kunnen in wat traditioneel gezien wordt als de politieke sfeer zeker argumenten uitmaken. In de juridische sfeer is dit echter onmogelijk. Daar zullen argumenten moeten voortkomen uit de juridische traditie, en dus worden ze op een andere manier beperkt dan 'politieke' argumenten. Een manier om deze beperkingen te versoepelen is dus het uitbreiden van de argumentatiemogelijkheden, iets wat het internationaal recht bij uitstek kan doen.⁶¹

Men kan het gebruik van het internationaal recht in de argumentatie van de nationale rechter beschouwen als een zorgwekkende contaminatie van het nationale recht. Men kan deze evolutie echter ook omarmen als het resultaat van de veranderende rol van de rechtspraak in onze globaliserende samenleving, een middel dat de rechter toestaat een relevante plaats op te eisen bij de behandeling van prangende maatschappelijke vragen. In de klimaatzaken komt dit vraagstuk telkens weer naar boven. Geconfronteerd met het verzoek van Urgenda, en met het zicht op onbetwist wetenschappelijk bewijsmateriaal, kwam het er voor de Nederlandse rechters op aan te kiezen hoe ver men precies kan gaan, binnen een juridische argumentatie. Het recht is hun medium, het materiaal waarover ze beschikken om hun stellingen te onderbouwen, het domein waarbinnen ze zich op een creatieve manier kunnen en mogen begeven. Argumenten afkomstig uit de internationaalrechtelijke sfeer kunnen, of het nu rechtstreeks of onrechtstreeks is, de reikwijdte van een juridisch discours vergroten. Het onderscheid tussen politiek en recht wordt door de vrijheid van de rechter dus nog relatiever. Het kan gelden als een evidentie dat de rechter bij het maken van deze keuze zal terugvallen op politieke overwegingen. Dit in de zin dat hij zich actief zal moeten afvragen hoe de maatschappij geordend dient te worden, en wat zijn plaats is binnen dit geheel. Binnen de flexibele grenzen van het recht zal de rechter gebruik moeten maken van zijn kunde en creativiteit om een resultaat te bekomen dat zo goed mogelijk beantwoordt aan zijn doelen.⁶²

60 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 536.

61 Karen Knop, 'Here and there: international law in domestic courts', *New York University Journal of International Law and Politics* (2000): 535.

62 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 596.

Vincent Dupont

Nu wordt hier de verdediging opgenomen van een rechter die met beide voeten plaatsneemt in de globaliserende maatschappij.⁶³ Het houdt voor een dergelijke rechter niet langer steek geen rekening te houden met internationale aspecten van een bepaalde zaak. Het betrekken van internationaal recht hierbij zal dan enkel een logisch uitvloeisel zijn van de internationale aspecten van sommige problematieken. De rechtspraak evolueert mee met de samenleving, in een globalere en meer internationale richting. Onderhevig aan de constante evolutie inherent aan elke menselijke samenleving wordt het recht voortdurend gheredefinieerd, en definieert het ook zichzelf steeds opnieuw. Het recht kan haar kenmerkende juridische karakter behouden, maar het is onvermijdelijk dat binnen haar grenzen politieke en ideologische dynamieken spelen, en dat er speelruimte zit op haar grenzen. Het internationaal karakter van vele kwesties vereist in toenemende mate het gebruik van internationaalrechtelijke instrumenten en argumenten.

Een nalaten deze internationale dimensie te omarmen zou leiden tot een verlies aan relevantie van nationale rechtspraak, en een vervreemding van de maatschappij die ze mee structureert. Internationaal recht geeft rechters meer slagkracht, en dit is ook legitiem gezien het beantwoordt aan een duidelijke maatschappelijke verandering, en een maatschappelijke nood. Hier wordt een actieve en verantwoordelijke rol voor de rechtspraak verdedigd. Het kan niet langer volstaan verklaringen te putten uit een verouderd beeld van recht. Om het recht in al haar abstractie toe te passen op concrete situaties is het niet voldoende mechanisch te werk te gaan. Sterker nog, dit is zelfs onmogelijk. Rechters kunnen in het licht van de veranderende samenleving niet langer zichzelf en de rechtssubjecten om de tuin leiden door zich een stoffige formalistische doek voor de ogen te binden. Ze zullen de globaliserende samenleving en de geglobaliseerde problematieken die daaruit voortvloeien moeten omarmen. Rechtvaardigheid is niet blind, maar staat met beide voeten in de samenleving die haar voortbrengt, en kijkt deze recht in de ogen.

63 Geïnspireerd door Unger's visie op de samenleving, en Scelle's kijk op het recht, en haar relatie tot die samenleving.