

RECHTSVINDING EN TRANSNATIONAAL RECHTSPLURALISME

*Thomas Riesthuis**

1 INLEIDING

Onder invloed van internationalisering en Europeanisering hebben rechters in Nederland in toenemende mate te maken met een pluraliteit aan rechtsregels en rechterlijke instanties. Naast de regels van het Nederlandse positieve recht zijn internationaal recht en het recht van de Europese Unie (EU) belangrijke rechtsbronnen binnen de Nederlandse rechtsorde. Bijvoorbeeld in het bestuursrecht dient de rechter in toenemende mate rekening te houden met internationale verdragen en het EU-recht.¹ Rechterlijke uitspraken kunnen ook gebaseerd zijn op jurisprudentie van internationale en Europese hoven, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit betekent niet dat de doorwerking van de internationale en Europese rechtsordes altijd harmonieus verloopt. Een veelvoorkomende situatie is de constatering dat de uitleg van regels van nationaal recht op gespannen voet staan met de heersende interpretatie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).² Het bestaan van een pluraliteit van rechtsregels en de invloed van verschillende rechterlijke instanties binnen een en dezelfde rechtsorde wordt ook wel rechtspluralisme genoemd.³ Het rechtspluralisme in de Nederlandse rechtsorde dat voortvloeit uit de doorwerking van internationaal en Europees recht is een vorm van *transnationaal* rechtspluralisme omdat de rechter recht toepast dat zijn oorsprong vindt buiten de nationale rechtsorde.⁴

* Deze bijdrage is gebaseerd op T. Riesthuis, *The Intertwinement of Legal Orders: A Critical Reconstruction of Theories of Jurisprudence* (diss. Rotterdam), 2019, repub.eur.nl/pub/114692.

1 Zie de bijdragen in B. Marseille et al. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

2 Een sprekend voorbeeld is de *Salduz*-jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het recht op rechtsbijstand in het strafrechtelijk vooronderzoek. J. Verbaan & L. Hollander, 'De rechtspositie van de raadsman tijdens het politieverhoor', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2020, afl. 1, p. 20-26.

3 J. Griffiths, 'What is Legal Pluralism?', *Journal of Legal Pluralism* 1986, afl. 1, p. 1-55.

4 P. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*, New York: Cambridge University Press 2012. Ik vertaal *global* met 'transnationaal' omdat het hier gaat om recht dat geen nationale oorsprong heeft, maar wel geldig recht is in de nationale rechtsorde. Zie M. Loth, *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2014, p. 7.

De invloed van internationalisering en Europeanisering op de rechtspraak neemt een belangrijke plaats in in het werk van Ton Hol. Zo heeft hij in verschillende bijdragen betoogd dat rechters er goed aan doen om over de grenzen van hun eigen rechtsorde kijken om zich te laten inspireren door uitspraken van andere nationale hoogste rechterlijke instanties.⁵ Ondanks het feit dat rechters in deze gevallen niet verplicht zijn om rekening te houden met de oordelen van deze rechterlijke instanties, zijn er wel factoren aan te wijzen waarom rechters deze uitspraken in de praktijk bestuderen. Ton Hol wijst op drie beweegredenen die een dergelijke rechtsvergelijkende benadering mogelijk kunnen duiden. Rechters kunnen zich allereerst laten inspireren door juridische argumenten uit jurisprudentie van andere nationale hoogste rechterlijke instanties. Ook kunnen rechters rekening houden met uitspraken om de coherentie tussen rechtssystemen te bevorderen. Ten slotte kunnen verwijzingen naar uitspraken van andere nationale hoogste rechterlijke instanties de legitimiteit van de rechtspraak vergroten. Burgers zullen een uitspraak eerder accepteren wanneer de rechter duidelijk maakt in welke opzichten zijn oordeel aansluit bij de argumentatie van andere nationale hoogste rechterlijke instanties in soortgelijke zaken.⁶

In deze bijdrage betoog ik hoe rechtsvinding vanuit rechtstheoretisch perspectief begrepen moet worden in gevallen waarin de rechter wel de verplichting heeft om rekening te houden met jurisprudentie van rechterlijke instanties uit andere rechtsordes. Hoewel bestaande rechtstheorieën relatief weinig aandacht hebben voor de doorwerking van internationaal en Europees recht in nationale rechtsordes, zal ik een rechtspositivistisch en anti-positivistisch begrip van rechtsvinding reconstrueren.⁷ In mijn reconstructie zal ik mij beperken tot de twee belangrijkste rechterlijke instanties voor de Nederlandse rechtspraak: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. In een rechtspositivistisch begrip van rechtsvinding zullen rechters rekening houden met jurisprudentie van andere rechterlijke instanties omdat er een bestaande praktijk is waarin rechters deze jurisprudentie incorporeren in de Nederlandse rechtsorde. In een anti-positivistisch begrip van rechtsvinding zal een rechter jurisprudentie van andere rechterlijke instanties toepassen omdat morele argumenten deze toepassing rechtvaardigen of omdat deze aansluit bij de verwachtingen die burgers hebben. Mijn reconstructie toont aan dat een anti-positivistisch begrip van rechtsvinding goed aansluit bij de factoren die Ton Hol

5 A.M. Hol, 'Highest Courts and Transnational Interaction: Introductory and Concluding Remarks', *Utrecht Law Review* 2012, afl. 2, p. 1-7.

6 A.M. Hol, 'Internationalisation and Legitimacy of Decisions by the Highest Courts', in: A.S. Muller & M.A. Loth (red.), *Highest Courts and the Internationalisation of Law: Challenges and Changes*, Den Haag: The Hague Academic Press 2009, p. 77-79.

7 Riesthuis 2019, p. 24-26. Zie ook M. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid: Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde', *Ars Aequi* 2018, afl. 4, p. 335-342.

bespreekt om te verduidelijken waarom nationale hoogste rechterlijke instanties elkaars uitspraken bestuderen.

2 EEN RECHTSPOSITIVISTISCH BEGRIIP VAN RECHTSVINDING

Rechtspositivistische theorieën claimen dat een rechter geschillen beslecht op basis van rechtsregels die binnen een rechtssysteem als geldig recht worden aangemerkt.⁸ Dit veronderstelt dat een wetgever algemene en abstracte rechtsnormen heeft geformuleerd die toegepast kunnen worden in een concreet geval door de rechter. Rechtsvorming door de wetgever gaat daarom vooraf aan rechtsvinding door de rechter.⁹ Rechtspositivisten zijn bovendien van mening dat de rechter het geldende recht identificeert op basis van criteria die algemeen aanvaard zijn in de rechtspraktijk. Recht wordt in dit opzicht gezien als sociaal feit.¹⁰ Zo betoogt Hart dat in elk rechtssysteem een herkenningregel bestaat op basis waarvan we vaststellen wat geldig recht is.¹¹ Volgens Raz is geldig recht altijd te herleiden tot een rechtsbron die algemeen erkend is.¹² De taak van de rechter is om op basis van algemeen aanvaarde geldigheidscriteria het geldende recht toe te passen in het concrete geval.

De verhoudingen tussen juridische autoriteiten zijn in positivistische rechtstheorieën ook bepaald door deze sociale praktijk. Welke verhoudingen er bestaan tussen rechterlijke instanties is bijvoorbeeld afhankelijk van de erkenning van deze verhoudingen door juridische autoriteiten. Dit betekent dat vanuit een rechtspositivistisch perspectief de Hoge Raad gezien kan worden als de hoogste rechter, omdat andere rechterlijke instanties binnen het Nederlandse rechtssysteem de Hoge Raad als hoogste rechter erkennen. Ook Culver en Giudice benadrukken het belang van erkenning in hun reconstructie van Harts rechtstheorie: ‘the activities of judges only have great normative consequences because they are given great normative consequences by supporting officials’ recognition and acknowledgment.’¹³ Kortom, het gezag van de rechter wordt geaccepteerd wanneer andere juridische autoriteiten dit gezag erkennen.

8 In plaats van het begrip rechtsorde spreken rechtspositivisten zoals Hart en Raz liever van een rechtssysteem. Ik zal in deze paragraaf deze terminologie hanteren, maar de begrippen rechtsorde en rechtssysteem zijn in deze bijdrage inwisselbaar.

9 D. Kyritsis, *Shared Authority: Courts and Legislatures in Legal Theory*, Oxford: Hart 2015, p. 10. Zie ook M. Martin, *Judging Positivism*, Oxford: Hart 2014.

10 Kyritsis 2015, p. 9.

11 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 96.

12 J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press 1979, p. 47.

13 K. Culver & M. Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 20.

Door de invloed van internationaal en Europees recht rijst de vraag hoe de verhoudingen tussen rechters uit verschillende rechtssystemen begrepen moeten worden vanuit rechtspositivistisch perspectief. Het is van belang om te benadrukken dat rechtspositivisten zoals Hart en Raz zich in hun werk beperken tot nationale rechtssystemen. Hart ontkende zelfs dat internationaal recht niet gezien kan worden als een rechtssysteem. Een herkenningregel op basis waarvan geldend internationaal recht geïdentificeerd kan worden, wordt niet gevolgd in de rechtspraktijk van het internationaal recht.¹⁴ Dit heeft tot gevolg gehad dat er weinig aandacht werd besteed aan de rol van internationale rechterlijke instanties in rechtspositivistische theorieën.¹⁵ Zij zijn immers geen juridische autoriteiten in de ogen van Hart. Ik heb eerder betoogd dat dit standpunt onhoudbaar is. Internationaal recht is een rechtssysteem waarbinnen herkenningregels bestaan. In sommige opzichten verschilt internationaal recht van nationale rechtssystemen, maar dit betekent niet dat internationaal recht niet als een rechtssysteem gezien moet worden.¹⁶ Internationale rechterlijke instanties identificeren het geldende internationaal recht op basis van algemeen aanvaarde geldigheidscriteria en passen deze rechtsregels toe op concrete gevallen. Dit betekent ook dat internationale rechterlijke instanties gezien moeten worden als juridische autoriteiten.

Hoewel rechtspositivistische theorieën weinig oog hebben voor internationale rechterlijke instanties, kunnen deze theorieën wel gebruikt worden om te verklaren waarom Nederlandse rechters rekening houden met jurisprudentie van deze rechterlijke instanties, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Vanuit een rechtspositivistisch perspectief wordt jurisprudentie van deze rechterlijke instanties toegepast, omdat er algemeen aanvaarde criteria bestaan binnen het Nederlandse rechtssysteem die rechters volgen. Een illustratie van deze criteria is te vinden in de toepassing van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Nederlandse rechters nemen in de praktijk de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof in veel gevallen serieus en verwijzen naar relevante uitspraken.¹⁷ Dit betekent dat algemene criteria bestaan op basis waarvan Nederlandse rechters het EVRM toepassen in de Nederlandse rechtsorde en rekening houden met jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het bestaan van deze algemene criteria vandaag de dag is een feitelijk gegeven. Vanaf de jaren tachtig bestaat er een praktijk waarbij rechters het EVRM toepassen en rekening houden met jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

14 Hart 1994, p. 233-234.

15 R. Collins, 'The problematic concept of the international legal official', *Transnational Legal Theory* 2015, afl. 3-4, p. 608-634.

16 Riesthuis 2019, p. 53-59.

17 J. Gerards & J. Fleuren, 'The Netherlands', in: J. Gerards & J. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law: A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 239.

Vanaf dat moment bestaan er klaarblijkelijk herkenningregels die de doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde rechtvaardigen. Tot het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw bestonden deze algemeen aanvaarde criteria klaarblijkelijk niet omdat het EVRM niet in veel zaken werd toegepast.¹⁸

3 EEN ANTI-POSITIVISTISCH BEGRIJP VAN RECHTSVINDING

Anti-positivistische rechtstheorieën wijzen het idee af dat de rechter geschillen kan beslechten op basis van rechtsregels die binnen een rechtsorde als geldig recht worden aangemerkt.¹⁹ Het rechtspositivistische begrip van rechtsvinding biedt een te beperkte visie op rechterlijke rechtsvinding. Twee benaderingen kunnen onderscheiden worden binnen anti-positivistische rechtstheorieën: een natuurrechtelijke en interactionele benadering.²⁰ Een natuurrechtelijke benadering is te vinden in het werk van Ronald Dworkin. Dworkin betoogt dat recht gezien moet worden als uitvloeisel van de politieke moraal van een rechtsorde. Dit betekent dat de toepassing van het recht in een concreet geval niet los gezien kan worden van de morele uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het recht. Recht dat niet gerechtvaardigd kan worden in het licht van de politieke moraal van een rechtsorde verliest zijn rechtskracht.²¹ Een interactionele benadering is te vinden in het werk van Lon Fuller.²² Volgens Fuller liggen interactionele verwachtingen ten grondslag aan de sociale praktijk van het recht.²³ Dit geldt zowel voor recht dat de relaties tussen burgers regelt, zoals bijvoorbeeld gewoonterecht, als voor recht dat wordt geformuleerd door juridische autoriteiten, zoals wetgeving. Rechtsregels die niet aansluiten bij de interactionele verwachtingen van burgers zullen hun rechtskracht verliezen.

Anti-positivistische rechtstheorieën bieden daarom ook een andere interpretatie van de verhoudingen tussen juridische autoriteiten, zoals bijvoorbeeld rechters. Vanuit een

18 Gerards & Fleuren 2014, p. 235-236.

19 Anti-positivistische rechtstheorieën veronderstellen daarom ook niet dat rechtsvorming door de wetgever noodzakelijkerwijs vooraf gaat aan rechtsvinding door de rechter. Zie Kyritsis 2015, p. 13.

20 Rechtstheorieën die beschrijven wat recht is kunnen ingedeeld worden in drie benaderingen: rechtspositivistische, natuurrechtelijke en interactionele benaderingen. Over dit onderscheid zie W. Witteveen, *De geordende wereld van het recht: een inleiding*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001, p. 57-62. Interactionele rechtstheorieën vallen buiten het blikveld van veel rechtsfilosofen. Zie hierover B. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

21 R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart 1986.

22 Lon Fuller wordt vaak beschouwd als een aanhanger van het natuurrecht. Hoewel zijn werk inderdaad normatieve dimensies heeft, is zijn rechtstheorie niet goed te begrijpen zonder oog te hebben voor Fullers sociologische insteek. Zie K. Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L Fuller*, Oxford: Hart 2012, p. 45-48.

23 L. Fuller, 'Human interaction and the Law', in: K. Winston (red.) *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham: Duke University Press 1981, p. 211-246.

Dworkiniaans perspectief zijn de verhoudingen tussen juridische autoriteiten bepaald door morele overwegingen. Deze morele overwegingen vloeien voort uit de politieke moraal van een rechtsorde. Een rechter dient echter niet enkel op basis van een morele lezing van het positieve recht en de uitgangspunten die aan dit recht ten grondslag liggen een beslissing te nemen. Een rechter zal ook moeten nagaan in hoeverre zijn beslissing gerechtvaardigd is in het licht van rechtsstatelijke beginselen. Deze rechtsstatelijke beginselen, zoals bijvoorbeeld de *trias politica*, vloeien voort uit de politieke moraal en rechtvaardigen de institutionele rol van een juridische autoriteit. Een rechter dient daarom te streven naar een uitspraak die zo coherent mogelijk is in het licht van de uitgangspunten die aan het recht ten grondslag liggen en de institutionele rol die een rechterlijke instantie dient te vervullen.²⁴ Kyritsis vat dit punt als volgt samen als het gaat om de verhouding tussen rechter en wetgever:

We can say that legislators and judges care about the same thing, namely justice, but that the extent to which they may pursue it is constrained by separation of powers. In addition, since they occupy different positions in the scheme of separation of powers, they are constrained in varying degrees.²⁵

In de ogen van Dworkin zal een rechter geen terughoudendheid hoeven betrachten in zaken waarin beginselen op het spel staan, zoals mensenrechten, terwijl in andere gevallen het democratische wetgevingsproces niet doorkruist mag worden. Beleidsoverwegingen mogen geen rol spelen in het oordeel van de rechter en moeten daarom overgelaten worden aan de wetgever.²⁶

Een soortgelijke redenering kan gevolgd worden voor de verhouding tussen Nederlandse rechters en andere rechterlijke instanties, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Een Nederlandse rechter zal rekening houden met jurisprudentie van deze rechterlijke instanties wanneer deze uitspraken gerechtvaardigd zijn in het licht van de politieke moraal. Wat betreft de morele uitgangspunten van het EU-recht zullen geschillen in veel gevallen verband houden met het beschermen van een interne markt, terwijl het EVRM in de eerste plaats begrepen moet worden in het licht van de bescherming van fundamentele mensenrechten.²⁷ Het is aan de

24 Kyritsis 2015, p. 70-75; p. 110-114.

25 Kyritsis 2015, p. 111.

26 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Bloomsbury 2013, p. 106-111. Voor een kritische analyse van Dworkin onderscheid tussen beleidsoverwegingen en beginselen zie D. Kyritsis, *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 66-77.

27 G. Letsas, 'Harmonic Law: The Case Against Pluralism', in: J. Dickson & P. Eleftheriadis (red.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 77-108.

Nederlandse rechter om te bepalen hoe hij door middel van zijn uitspraak een bijdrage levert aan de realisatie van deze morele uitgangspunten. Dit geldt ook voor de institutionele rol die de Nederlandse rechter heeft in relatie tot andere rechterlijke instanties. Voor het EVRM en het EU-recht geldt dat de Nederlandse rechter deel uitmaakt van een gedeelde praktijk waarin hij het gezag om geschillen te beslechten met andere rechterlijke instanties deelt. Een rechterlijke uitspraak dient daarom zo coherent mogelijk zijn met de politieke moraal van een rechtsorde en de institutionele rol die de Nederlandse rechter dient te vervullen in relatie tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De praktijk leert ons dat rechters niet altijd dezelfde opvattingen hebben over hoe deze institutionele samenwerking vorm zou moeten krijgen. De opstelling van het Duitse Constitutionele Hof ten aanzien van de doorwerking van EU-recht biedt mijns inziens een treffende illustratie. Het Duitse Constitutionele Hof (*Bundesverfassungsgericht*) heeft op basis van verschillende argumenten voorwaarden gesteld aan de doorwerking van EU-recht in de Duitse rechtsorde.²⁸ In de meest recente *Weiss*-zaak reageert het Duitse Constitutionele Hof op een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Luxemburgse Hof moest in deze zaak oordelen of het *Public Sector Purchase* programma van de Europese Centrale Bank in strijd is met EU-recht. Dit programma geeft de Europese Centrale Bank de bevoegdheid om obligaties te kopen om zo prijsinflatie binnen de EU te reguleren. Het Luxemburgse Hof oordeelde dat het *Public Sector Purchase* programma niet in strijd is met EU-recht.²⁹ Het Duitse Constitutionele Hof accepteerde dit oordeel echter niet. Het *Public Sector Purchase* programma zou in strijd zijn met constitutionele beginselen die vervat zijn in de Duitse Grondwet.³⁰ De *Weiss*-zaak past in een lijn van uitspraken waarin het Duitse Constitutionele Hof grenzen stelt aan de doorwerking van EU-recht. Dit illustreert dat rechters heel verschillend kunnen oordelen over hoe de institutionele samenwerking tussen juridische autoriteiten zou moeten verlopen.

Interactieve rechtstheorieën zien recht als een sociale praktijk waarbinnen interactieve verwachtingen tussen burgers en juridische autoriteiten de normatieve gelding van het recht rechtvaardigen. Fullers onderscheid tussen twee vormen van recht, gepositieerd recht (*enacted law*) en interactief recht (*interactional law*), illustreert dit punt op treffende wijze.³¹ Het gepositieerde recht is recht dat door juridische autoriteiten wordt uitgevaar-

28 K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2001.

29 HvJ EU 11 december 2018, ECLI:EU:C:2018:1000.

30 Bundesverfassungsgericht 5 mei 2020, ECLI:DE:BVERFG:2020:RS20200505.2BVR085915.

31 Fuller 1981. Ik sluit hier aan bij de vertaling van W. van der Burg, 'Wat is juridisch interactionisme?', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2014, afl. 1, p. 27-42.

digd. Wetgeving en gezaghebbende rechterlijke uitspraken zijn voorbeelden van gepositieerd recht. Interactief recht is recht dat gradueel ontstaat in relaties tussen burgers onderling. Gewoonterecht is een goed voorbeeld van interactief recht omdat gewoonterechtelijke regels gradueel ontstaan binnen horizontale verhoudingen. Hoewel Fuller een onderscheid maakt tussen deze twee vormen van recht, liggen interactionele verwachtingen ten grondslag aan zowel gepositieerd als interactief recht. Wanneer de betekenis en reikwijdte van een wettelijke bepaling niet aansluit bij de interactionele verwachtingen die burgers hebben, zal deze regel op den duur vervallen tot een dode letter. Interactief recht zal geen normatieve gelding meer hebben wanneer rechtsregels niet meer aansluiten bij de interactionele verwachtingen die het gedrag van burgers reguleren. Dit betekent niet dat recht simpelweg ziet als een afspiegeling van de verwachtingen die burgers hebben.³² In Fullers werk is recht ook een waarde gerichte sociale praktijk. Deze waarden vormen de interne moraal die aan het recht ten grondslag ligt.³³ Rechtsregels die in strijd zijn met de interne moraal van het recht, omdat ze bijvoorbeeld met terugwerkende kracht gelden, hebben geen normatieve gelding, ondanks dat ze kunnen aansluiten bij de verwachtingen van burgers.

Het interactionele perspectief kan ook gebruikt worden om de verhoudingen tussen verschillende rechterlijke instanties te duiden. Het gezag van juridische autoriteiten wordt in dit perspectief geaccepteerd wanneer de uitoefening van gezag door deze autoriteiten aansluit bij de verwachtingen die burgers hebben. Dit betekent dat een rechterlijke uitspraak normatieve gelding heeft omdat deze overeenstemt met de verwachtingen van burgers. De recente Urgenda-zaak illustreert dit punt. De stichting Urgenda stelt zichzelf in deze zaak als doel om door middel van strategisch procederen het Nederlandse klimaatbeleid te veranderen. Door deze zaak aanhangig te maken heeft Urgenda de Nederlandse rechter gedwongen om zich uit te spreken over het klimaatbeleid van de Nederlandse Staat.³⁴ De Hoge Raad oordeelt dat de Nederlandse Staat onvoldoende maatregelen heeft genomen ten aanzien van de reductie van de uitstoot van broeikasgassen.³⁵ De rechter beveelt de Staat daarom om maatregelen te nemen om de uitstoot van broeikasgassen verder te reduceren. Urgenda beriep zich in de procedure op het EVRM en jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens. In zijn uiteindelijke oordeel baseert de Hoge

32 G. Postema, 'Implicit Law', in: W. Witteveen & W. van der Burg (red.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 265.

33 L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1969. Een strikt onderscheid tussen de waarden die centraal staan in het recht en andere sociale praktijken is echter niet te maken. Zie S. Taekema, 'The Many Uses of Law. Interactional Law as a Bridge between Instrumentalism and Law's Values', in: N. Roughan & A. Halpin (red.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 116-135.

34 Zie ook Taekema 2017, p. 129-130.

35 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

Raad zich op belangrijke punten op het EVRM en jurisprudentie van het Straatsburgse Hof. De *Urgenda*-zaak biedt daarom een goede illustratie van hoe de acceptatie van het gezag van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens binnen de Nederlandse rechtsorde, samenhangt met de verwachtingen van burgers. Urgenda dwong de Nederlandse rechter om zich te verhouden tot het Nederlandse klimaatbeleid in het licht van het EVRM. Dit roept wel de vraag op in hoeverre deze instrumentele benadering te verenigen is met centrale waarden van het recht. Recht kan ook vervallen tot een praktijk waarin enkel private belangen van burgers vertegenwoordigd worden.³⁶

4 SLOT

In deze bijdrage heb ik aangetoond hoe op basis van een reconstructie van bestaande rechtstheorieën rechtsvinding begrepen moet worden in gevallen waarin de rechter rekening moet houden met jurisprudentie van rechterlijke instanties uit andere rechtsordes. In een positivistisch begrip van rechtsvinding worden uitspraken van andere rechterlijke instanties erkend omdat rechters algemeen aanvaarde criteria volgen die voorschrijven wanneer jurisprudentie binnen de Nederlandse rechtsorde moet worden toegepast. In een anti-positivistisch begrip van rechtsvinding wordt jurisprudentie van rechterlijke instanties binnen de Nederlandse rechtsorde toegepast in het licht van morele overwegingen of de verwachtingen die burgers hebben.

Mijn reconstructie van deze rechtstheorieën toont aan dat een anti-positivistisch begrip van rechtsvinding goed aansluit bij het werk van Ton Hol over de mogelijke beweegredenen die rechters ertoe kunnen brengen om uitspraken van andere nationale hoogste rechterlijke instanties te bestuderen. Naast de mogelijke inspiratie die rechters kunnen opdoen uit oordelen van andere nationale hoogste rechterlijke instanties, kan een dergelijke rechtsvergelijkende benadering ook verklaard worden in het licht van het streven naar coherentie tussen rechtssystemen en de verwachtingen die burgers hebben ten aanzien van de rechtspraak.³⁷ Deze twee laatstgenoemde factoren zijn goed verenigbaar met het anti-positivistisch begrip van rechtsvinding dat ik hierboven heb beschreven. Coherentie speelt een belangrijke rol in de rechtstheorie van Dworkin. Vanuit een Dworkiniaans perspectief streeft een rechter naar een uitspraak die zo coherent mogelijk is met de beginselen van de politieke moraal en de institutionele rol hij dient te vervullen. In sommige gevallen zal een rechter daarom verwijzen naar jurisprudentie van andere nationale hoogste rechterlijke

36 Over de spanning tussen deze instrumentele benadering en de centrale waarden van het recht zie R. Cotterrell, *Sociological Jurisprudence: Juristic Thought and Social Inquiry*, Londen: Routledge 2018, p. 214-217.

37 Hol 2009, p. 77-79.

instanties omdat deze uitspraken passen in binnen de politieke moraal van zijn eigen rechtsorde. De verwachtingen van burgers spelen een belangrijke rol in Fullers rechtstheorie. Het gezag van rechterlijke instanties hangt in Fullers rechtstheorie nauw samen met de interactionele verwachtingen die burgers hebben. Een rechterlijke uitspraak wordt in een rechtsorde erkend wanneer het oordeel overeenstemt met deze verwachtingen. Een rechter zal daarom naar jurisprudentie van andere nationale hoogste rechterlijke instanties verwijzen wanneer burgers zijn oordeel hierdoor eerder zullen accepteren.