

De politieke beslissing in het recht

*Een rechtsfilosofische verkenning van de verhouding tussen
soevereiniteit en recht*

Raisa Blommestijn

Masterscriptie *Philosophy of Law*

Onder supervisie van dr. H.W. Sneller

20.990 woorden inclusief referenties en bibliografie

17 oktober 2017

“Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren.”

– Carl Schmitt

Inhoudsopgave

Inleiding	2
Introductie van de probleemstelling	2
Carl Schmitt: een controversiële denker	3
Hoofdstuk 1: Bespreking van de Urgenda-zaak	5
1.1 De Urgenda-zaak: een bespreking	5
1.2 Relevantie voor de vraagstelling	7
1.2.1 Trias politica	8
1.3 Tussenconclusie	10
Hoofdstuk 2: Carl Schmitt en de soevereine beslissing	12
2.1 Schmitts politieke filosofie: soevereiniteit, uitzonderingstoestand en beslissing	12
2.1.1 De uitzonderingstoestand en de normale toestand	13
2.1.2 Politieke identiteit en democratie	14
2.2 ‘Het politieke’ en zijn neutralisering	16
2.3 Schmitts (democratische) dictatuur	18
2.4 Tussenconclusie	20
Hoofdstuk 3: Carl Schmitt en de rechterlijke beslissing	22
3.1 Soevereiniteit en recht	22
3.1.1 De kritiek van Schmitt	26
3.2 De betekenis van Schmitts denken voor de rechtspraak	26
3.2.1 De ‘extreme uitzonderingstoestand’	27
3.2.2 De uitzonderingstoestand in het recht	28
3.2.3 De verhouding tussen de <i>Gesetz</i> en het <i>Urteil</i> in de rechterlijke beslissing	30
3.3 Verhouding tussen soevereiniteit en recht	33
3.4 Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 4: Urgenda en Carl Schmitt	36
4.1 Incongruentie in het denken	36
4.2 Sociaal contract	38
4.2.1 Locke en Urgenda	40
4.3 Schmitts oplossing	41
4.4 Schmitts denkbeelden kritisch beschouwd	43
4.5 Tussenconclusie	45
Conclusie	46
Bibliografie	50

Inleiding

“Wanneer de rechter geacht wordt bij te dragen aan de oplossing van problemen, gaat zijn politieke voorkeur meespelen.”

– Lucas Bergkamp

Introductie van de probleemstelling

24 juni 2015. De rechtbank Den Haag doet een uitspraak in de zogenaamde Urgenda-zaak.¹ Naar de uitspraak was lang uitgekeken. Enerzijds vanwege het maatschappelijke belang, gelegen in het gevoerde klimaatbeleid door de Staat, anderzijds met het oog op de machtscheiding – de *trias politica* – in Nederland. Critici van de uitspraak stelden dat de rechtbank Den Haag in onderhavige zaak een *politieke uitspraak* deed. Met een politieke uitspraak wordt in dit verband een rechterlijke uitspraak bedoeld waarbij de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten. Met andere woorden, een uitspraak die de politieke besluitvorming beïnvloedt of een uitspraak waarmee de rechter wellicht zelfs aan politieke besluitvorming doet.

Een voorbeeld van een rechterlijke uitspraak die ook gebombardeerd werd tot politieke uitspraak was de uitspraak van de rechtbank Den Haag in de zaak Wilders II.² Lucas Bergkamp, emeritus hoogleraar internationaal milieuaansprakelijkheidsrecht aan de Erasmusuniversiteit Rotterdam, schrijft – nog voor deze uitspraak werd gedaan – in een opinieartikel in de *Volkskrant* dat “wanneer de rechter geacht wordt bij te dragen aan de oplossing van problemen, zijn politieke voorkeur [gaat] meespelen.”³ Bergkamp werpt daarnaast de vraag op wat dergelijke politieke uitspraken betekenen voor de legitimiteit van de rechter. Dienen we de rol van de rechter binnen ons democratische bestel niet eens serieus onder de loep te nemen?

In deze scriptie zal ik de handschoen oppakken en de rol van de rechter binnen ons democratisch bestel in het algemeen en bij politieke uitspraken in het bijzonder analyseren aan de hand van de filosofische opvattingen van de Duitse filosoof Carl Schmitt (1888-1985), die essentiële denkbeelden heeft ontwikkeld over de (rechterlijke) beslissing. De hoofdvraag die in deze scriptie dan ook centraal zal staan, is: *in hoeverre is het de rechter volgens Carl Schmitt toegestaan een zogenaamde ‘politieke beslissing’ te nemen?*

Om deze hoofdvraag te beantwoorden, zal de Urgenda-uitspraak van de rechtbank Den Haag dienen als uitgangspunt. In het eerste hoofdstuk zal de Urgenda-uitspraak uitgebreid aan bod komen. De deelvraag die ik in dit hoofdstuk beantwoord, is: *op welke gronden beroepen de stichting Urgenda*

¹ Rb. Den Haag, 24 juni 2015 (*Urgenda*)

² Rb. Den Haag, 9 december 2016 (*Wilders II*)

³ Bergkamp, *Volkskrant*, 24 maart 2016.

enerzijds en de Staat anderzijds zich in het proces? Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met de suggestie dat er een incongruentie lijkt te bestaan tussen het betoog van de stichting Urgenda en de Staat. Schmitts analyse van soevereiniteit en (rechterlijke) beslissing zal vervolgens dienen om deze incongruentie aan te tonen. Hiervoor zal ik eerst, in het tweede hoofdstuk, de politiek-filosofische opvattingen van Schmitt bespreken. In dit hoofdstuk zal de volgende deelvraag worden beantwoord: *op welke wijze hangen recht en soevereiniteit volgens Schmitt samen?*

Ik zal vervolgens aantonen dat Schmitts politiek-filosofische opvattingen nauw samenhangen met zijn rechtsfilosofische opvattingen. Deze rechtsfilosofische opvattingen zullen in hoofdstuk 3 centraal staan. In dit hoofdstuk zal ik de volgende deelvraag beantwoorden: *in hoeverre is het volgens Schmitt noodzakelijk dat het rechterlijk Urteil [oordeel] overeenkomt met de Gesetz [wet]?*

In het vierde en laatste hoofdstuk zal ik terugkeren naar de Urgenda-uitspraak van de rechtbank Den Haag. Ik zal in dit hoofdstuk de sociaal contracttheorieën van Thomas Hobbes en John Locke bespreken. Daarnaast zal Schmitts kritiek op het contract-denken aan de orde komen teneinde de genoemde incongruentie tussen het betoog van de stichting Urgenda en de Staat aan te tonen. De deelvraag die ik hierbij zal beantwoorden, is: *welk licht werpt Schmitts denken op de Urgenda-uitspraak?* Tevens zal ik in dit hoofdstuk een alternatieve lezing van Schmitt bieden aan de hand van de denkbeelden van Claude Lefort.

In de conclusie zal duidelijk worden dat Schmitts politiek-filosofische en rechtsfilosofische verhandelingen een geheel nieuw licht werpen op het vraagstuk van de ‘politieke beslissing’ van de rechter. Ik zal aantonen dat de beslissing volgens Schmitt namelijk niet alleen politiek *mag* zijn, maar ook altijd politiek *zal moeten* zijn.

Carl Schmitt: een controversiële denker

Wellicht vraagt de lezer zich af waarom ik heb gekozen voor Schmitt. Schmitt is immers een zeer controversiële denker, niet in de laatste plaats vanwege zijn betrokkenheid bij het Naziregime in de periode tussen 1933 en 1936. Echter, deze betrokkenheid bij het Naziregime – hoe afkeurenswaardig ook – mag geen afbreuk doen aan de wijsgerige relevantie van zijn oeuvre. Schmitt behoorde aan het begin van de jaren '30 van de vorige eeuw tot de invloedrijkste denkers. Hij publiceerde over verscheidene onderwerpen, van staatsrecht en volkenrecht tot aan sociologische, politicologische, politiek-filosofische, cultuurfilosofische, theologische en literaire onderwerpen en auteurs gedurende zijn werkzame leven.⁴

Hij is kortom een denker die niet alleen het bestuderen waard is, maar waarvan ik zal aantonen dat zijn denkbeelden nog steeds zeer relevant zijn. Zeker in relatie tot de Urgenda-zaak, waar zowel de vraag naar soevereiniteit als het politieke karakter van de rechterlijke beslissing centraal staan. Niet voor

⁴ De Wit 1992, p. 4.

niets stelt Theo de Wit, die in 1992 promoveerde op Schmitts gedachtegoed, in een interview met *De Groene Amsterdammer* dat Schmitt actueler is dan ooit.⁵

⁵ Hartmans, *De Groene Amsterdammer*, 10 november 2001.

Hoofdstuk 1: Bespreking van de Urgenda-zaak

“Het gaat in de kern om rechtsbescherming en om een in dat kader vereiste ‘rechtstoetsing’. Dit neemt niet weg dat toewijzing van een of meer onderdelen van de vordering ook politieke consequenties kan hebben.”

– Rechtbank Den Haag

Zoals ik in de inleiding heb aangekondigd, zal de Urgenda-zaak van de rechtbank Den Haag dienen om de thematiek van deze scriptie te illustreren. In dit hoofdstuk zal ik de Urgenda-zaak toelichten en bespreken teneinde de volgende deelvraag te beantwoorden: *op welke gronden beroepen de stichting Urgenda enerzijds en de Staat anderzijds zich in het proces?*

1.1 De Urgenda-zaak: een bespreking

In de ‘Urgenda-zaak’⁶ staan de stichting Urgenda⁷ als eisende partij en de Staat der Nederlanden als gedaagde partij tegenover elkaar in een civiele zaak in eerste aanleg.⁸ In deze zaak staan de door de Staat gehanteerde klimaatdoelstelling en het hiermee samenhangende klimaatbeleid centraal. Op basis van klimaatrapporten⁹ stelt de stichting Urgenda dat gevaarlijke klimaatverandering – met zeer ernstige en potentieel catastrofale gevolgen¹⁰ – ontstaat bij een opwarming van de aarde van 2 graden Celsius of meer ten opzichte van het pre-industriële tijdperk (basisjaar 1850). Een dergelijke gevaarlijke klimaatverandering zal zich realiseren indien Nederland het huidige emissieniveau van broeikasgassen handhaaft. De stichting Urgenda stelt dan ook dat de uitstoot van het gezamenlijke volume van de jaarlijkse emissie van broeikasgassen van Nederland *onrechtmatig* is. Zij stelt vervolgens dat de Nederlandse Staat verantwoordelijk is voor de uitstoot van het gezamenlijke volume van de emissie van broeikasgassen. Volgens Urgenda voert de Nederlandse Staat dan ook een inadequaat klimaatbeleid.¹¹

Urgenda eist primair dat voor recht wordt verklaard dat de Staat onrechtmatig handelt wanneer zij de jaarlijkse emissie van CO₂ per ultimo 2020 niet heeft gereduceerd met 40%, of althans met

⁶ Rb. Den Haag 24 juni 2015. Later werd aan deze zaak gerefereerd als ‘Urgenda’.

⁷ De Stichting Urgenda is een burgerplatform dat zich bezighoudt met de ontwikkeling van plannen en maatregelen ter voorkoming van de negatieve effecten van klimaatverandering. Zij treedt in deze zaak op namens 886 personen.

⁸ De partij die de zaak aanhangig maakt bij de rechter wordt in het civiele recht ook wel de ‘eisende partij’ genoemd; de partij tegen wie de zaak wordt aangespannen wordt de ‘gedaagde partij’ genoemd.

⁹ Er wordt in de uitspraak gerefereerd aan klimaatrapporten van IPCC, PBL en KNMI en aan de rapporten AR4/2007 en AR5/2013.

¹⁰ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.2.

¹¹ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.1.

tenminste 25%, ten opzichte van het jaar 1990.¹² Zij eist subsidiair¹³ dat voor recht wordt verklaard dat de Staat onrechtmatig handelt wanneer zij de jaarlijkse emissie van CO₂ niet heeft gereduceerd met ten minste 40% per ultimo 2030 ten opzichte van het jaar 1990.¹⁴ Voorts eist zij dat de rechtbank de Staat beveelt om primair het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te (doen) beperken dat het gezamenlijke volume van die emissies per ultimo 2020 met 40%, of althans met minimaal 25%, zal zijn verminderd ten opzichte van het jaar 1990. Zij eist subsidiair het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te (doen) beperken dat het gezamenlijke volume van die emissies per ultimo 2030 met ten minste 40% zal zijn verminderd ten opzichte van het jaar 1990.¹⁵

Urgenda baseert deze vorderingen op de artikelen 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW), 2 en 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en 21 van de Grondwet (Gw) en op het Klimaatverdrag van de Verenigde Naties¹⁶ en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Zij stelt dat het huidige emissieniveau van broeikasgassen in strijd is met de zorgvuldigheid zoals deze in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁷ Daarnaast vormt het een inbreuk op de artikelen 2 en 8 EVRM. De Nederlandse emissie draagt (additioneel) bij aan de (dreigende) gevaarlijke klimaatverandering. Het aandeel van de Nederlandse emissie is daarbij bovenmatig, zowel in absolute getallen als – nog meer – per hoofd van de bevolking. Urgenda stelt dat “[...] de Staat als soevereine macht die emissies kan beheersen, controleren en reguleren [en dit] brengt mee dat de Staat ‘systeemverantwoordelijk’ is voor het totale Nederlandse emissieniveau van broeikasgassen en het daarvoor gevoerde beleid”.¹⁸ Daarom kan het huidige emissieniveau de Staat worden toegerekend en kan de Staat (mede op grond van artikel 21 Gw) worden aangesproken op deze medeveroorzaking. De Staat heeft onder nationaal en internationaal recht (het volkenrechtelijke ‘*no harm*’-beginsel, het VN-Klimaatverdrag en het VWEU) een individuele verplichting en verantwoordelijkheid ter voorkoming van een gevaarlijke klimaatverandering en dient daarom zorg te dragen voor de reductie van het

¹² Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.1.

¹³ De primaire vordering is hetgeen de partij vordert, de subsidiaire vordering is een alternatief voor deze eerste vordering – meestal een lagere vordering.

¹⁴ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.1.

¹⁵ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.1.

¹⁶ Op grond van de artikelen 93 en 94 Gw kunnen Nederlandse burgers zich rechtstreeks op internationale wetgeving beroepen voor de nationale rechter indien het gaat om een ‘eenieder verbindende bepalingen’. Voor het toetsingskader hieromtrent, zie HR 30 mei 1986 (*Spoorwegstaking*).

¹⁷ Deze formule werd door de Hoge Raad geïntroduceerd in 1919 in het arrest *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919).

¹⁸ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.2.

Nederlandse emissieniveau.¹⁹ Er bestaat, met andere woorden, een inspanningsverplichting voor de Nederlandse staat.

De Staat verweert zich door te stellen dat Urgenda gedeeltelijk niet-ontvankelijk²⁰ is, aangezien de stichting ook opkomt voor de rechten en belangen van huidige en toekomstige generaties in andere landen. Afgezien daarvan zijn de vorderingen volgens de Staat niet toewijsbaar, omdat geen sprake is van (een reële dreiging van) aan de Staat toe te rekenen onrechtmatig handelen jegens de stichting Urgenda. Daarbij is ook niet voldaan aan de vereisten van de artikelen 6:162 BW en 3:296 BW. De Staat geeft aan de noodzaak van de beperking van de temperatuurstijging wereldwijd tot (minder dan) 2 graden Celsius te erkennen en zegt zich in te spannen om dit doel te bereiken. Echter, volgens de Staat maakt het huidige en toekomstige klimaatbeleid de beperking van de wereldwijde temperatuurstijging naar verwachting haalbaar. De Staat stelt aldus een adequaat klimaatbeleid te voeren.²¹ Daarnaast stelt de Staat dat er geen rechtsplicht kan worden afgeleid uit nationaal of internationaal recht. Bovendien is toewijzing van de eis volgens de Staat in strijd met de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid en wordt het stelsel van machtenscheiding doorkruist indien de rechter uitspraak zou doen in deze zaak. Tenslotte stelt de Staat dat zijn onderhandelingspositie in de internationale politiek wordt geschaad wanneer de bevelsvorderingen van Urgenda worden toegewezen.²²

1.2 Relevantie voor de vraagstelling

Zoals in de inleiding is beschreven, richt deze scriptie zich op de vraag of de rechter een politieke beslissing mag nemen. De Urgenda-uitspraak is bijzonder geschikt om deze vraagstelling te belichten. Ten eerste vanwege het standpunt waarop de Staat zich stelt wat betreft het doorkruisen van het stelsel van machtenscheiding. Ten tweede omdat in de uitspraak zowel wordt gerefereerd aan de macht en de soevereiniteit van de Staat (de uitvoerende macht)²³ als aan de ‘macht’ van de rechtbank (de rechtsprekende macht).²⁴ In de volgende subparagrafen zal ik verder ingaan op de voor deze scriptie relevante elementen in de uitspraak.

¹⁹ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.2.

²⁰ Dit is een juridische term waarmee wordt bedoeld dat bepaalde personen of partijen niet vatbaar zijn voor berechting.

²¹ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.2.

²² Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.3.

²³ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.2: “[..] de Staat als soevereine macht die emissies kan beheersen, controleren en reguleren [..]”.

²⁴ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.95: “Zijn bevoegdheden en de daaruit voortvloeiende ‘macht’ berusten immers op democratisch tot stand gekomen wetgeving”.

1.2.1 *Trias politica*

Nederland²⁵ kent de zogenaamde *trias politica*.²⁶ Dit betekent dat de staatsmachten – de uitvoerende, rechtsprekende en wetgevende macht – van elkaar gescheiden zijn en dat deze elkaar controleren. In dit geval gaat het om de vraag of een beslissing door de rechtbank in de onderhavige zaak zal leiden tot een overschrijding van de bevoegdheid van de rechtsprekende macht. Met andere woorden: het gaat om de vraag of de toewijzing van de vordering van Urgenda tot het geven van een bevel aan de Staat om de uitstoot van broeikasgassen verder te beperken dan volgens de huidige voornemens gebeurt de verdeling van de bevoegdheden²⁷ binnen het Nederlandse democratisch stelsel doorkruist.²⁸

Met betrekking tot bovenstaande vraag stelt de rechtbank Den Haag dat de Nederlandse rechtsorde geen volledige scheiding van staatsmachten kent.²⁹ Het gaat volgens de rechtbank dan ook

²⁵ Dit stelsel bestaat niet alleen in Nederland: sinds de Franse en Amerikaanse Revolutie is bijna elk rechtsstelsel ter wereld hierop gebaseerd.

²⁶ Over het algemeen wordt Charles Louis de Montesquieu (1689-1755) beschouwd als de grondlegger van het systeem van de *trias politica*, hoewel hij deze benaming zelf niet gebruikte. In *Over de geest van de wetten* (1748) onderscheidt hij drie staatsvormen: de republiek (welke de vorm kan aannemen van een democratie of een aristocratie), de monarchie en de despotie – de zogenaamde ‘ontaardingsvorm’. In een gematigde staatsvorm (de republiek of de monarchie) zijn de verschillende staatsmachten – de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht – van elkaar gescheiden (Montesquieu 2006, p. 220). De mate van deze scheiding van machten varieert al naar gelang de verschillende staatsvormen. Montesquieu beschouwt de republiek als de ideale staatsvorm; in de woorden van Gerardus Johannes Wiarda: “[...] naar zijn [Montesquieu] opvatting het type van de ideale staat, waar welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzamende rechters een welhaast volkomen rechtszekerheid waarborgen [...]” (Wiarda 1999, p. 13). Kenmerkend voor de republiek is de volledige binding aan het recht voor rechters, zij zijn “niet meer dan de mond die de woorden van de wet spreekt; willoze wezens die aan de kracht en strengheid van de wet geen afbreuk kunnen doen” (Montesquieu 2006, p. 227). In Montesquieu's monarchie is er wel binding aan het recht, maar bestaat er meer vrijheid voor de rechter. “In een monarchie zijn wel wetten, en als er in een wet precieze formuleringen zijn, dan neemt de rechter die in acht; is de wet niet expliciet genoeg, dan probeert de rechter in de geest ervan te handelen” (Montesquieu 2006, p. 125).

²⁷ De rechtsprekende macht wordt gevestigd in artikel 116 e.v. Gw, de uitvoerende macht in artikel 42 e.v. Gw en de wetgevende macht in artikel 50 e.v. Gw.

²⁸ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.94.

²⁹ Over het algemeen wordt aan de Nederlandse *trias politica* gerefereerd als een ‘spreiding der machten’ of – zoals de rechtbank Den Haag het omschrijft in r.o. 4.95 – een ‘machtsevenwicht’ in plaats van een volledige scheiding van de machten (zie hiervoor bijvoorbeeld Van Baren 2009, p. 45 e.v. of WRR, 2002). Dat er geen sprake is van volledige scheiding van machten blijkt eveneens uit artikel 81 Gw: “De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.” Dit betekent dat het tot stand brengen van wetten niet enkel geschiedt door de Staten-Generaal (de wetgevende macht), maar dat ook de regering (uitvoerende macht) hierbij betrokken is. Het Nederlandse systeem van ‘machtenspreiding’ komt meer in de buurt van Montesquieu's monarchistische model dan van zijn republikeinse model.

niet om het bereiken van een dergelijke volledige scheiding, maar om het bereiken van een *evenwicht* tussen de staatsmachten.³⁰ Volgens de rechtbank heeft de ene staatsmacht dan ook niet in algemene zin en in alle gevallen het primaat boven de andere, hoewel wordt erkend dat iedere staatsmacht haar eigen specifieke opdracht en verantwoordelijkheden kent. De rechtbank stelt dat de taak van de rechterlijke macht – meer specifiek de taak van de rechter – bestaat uit het bieden van rechtsbescherming en het beslechten van rechtsgeschillen. Sterker nog, de rechter *moet* dit ook doen wanneer dit hem wordt gevraagd. Als kenmerkend voor de rechtsstaat kan ook het handelen van politieke organen, zoals de regering en de volksvertegenwoordiging, worden beoordeeld door een onafhankelijke rechter. De rechter dient zich hierbij echter te beperken tot zijn eigen domein, namelijk de toepassing van het recht.³¹ Daarnaast dient de rechter zich er bewust van te zijn dat hij slechts een rol speelt in een rechtsgeschil tussen twee of meer partijen.³² Aangezien het hier gaat om een vordering die strekt tot een bevel in een zaak tegen de centrale overheid, hetgeen direct of indirect gevolgen kan hebben voor derden, gebiedt dit de rechter tot terughoudendheid bij het toewijzen van dergelijke vorderingen.³³

De rechtbank stelt vervolgens dat de rechter wel degelijk democratische legitimiteit heeft, hoewel hij niet is gekozen door het volk: “zijn bevoegdheden en de daaruit voortvloeiende ‘macht’ berusten immers op democratisch tot stand gekomen wetgeving, van nationale of internationale herkomst, waarin hem de opdracht is gegeven tot het beslechten van rechtsgeschillen”.³⁴ De taak om rechtsbescherming te bieden tegen overheden – ook tegen de centrale overheid ofwel tegen de Staat – behoort bij uitstek tot het domein van de rechter.³⁵ De vordering van Urgenda valt dan ook binnen het voor de rechter afgebakende domein, zo stelt de rechtbank. Het gaat hier in de kern om

³⁰ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.95.

³¹ Boogaard 2016, p. 26 stelt hierbij de vraag of hiermee samenhangt dat de rechter alles mag bevelen, als de inhoud maar klopt, of dat er wellicht vanuit de *trias politica* grenzen moeten worden ontwikkeld voor een rechter die een feitelijk juist oordeel velt, maar wel zijn bevoegdheden overschrijdt. Dit is volgens hem in de Urgenda-zaak aan de orde. Hij schrijft: “[...] het recht toepassen. Dat is wat een rechter moet doen, en zolang hij zich daartoe beperkt, speelt hij de rol in de *trias politica* die hem toekomt.” In dit verband wordt door critici wel gewezen op de uitspraak HR 21 maart 2003 (*Waterpakt*). In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat rechters niet gehouden zijn te interveniëren in procedures van politieke besluitvorming. Met het oog op deze zaak oordeelt Voermans bijvoorbeeld in de *Volkskrant* van 28 augustus 2015 dat de rechtbank haar bevoegdheden heeft overschreden. In HR 12 mei 1999 (*Arbeidskostenforfait*) wordt geoordeeld dat meer informele aanwijzingen en het geven van een verklarend oordeel van de rechterlijke macht de bevoegdheidsverdeling niet overschrijdt. Echter, volgens bijvoorbeeld De Graaf & Jans 2015, p. 524 gaat het in onderhavige zaak niet om een dergelijk oordeel.

³² Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.95.

³³ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.96.

³⁴ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.97. Hierover bestaat discussie. Zie hiervoor bijvoorbeeld Ortlep 2016, p. 31.

³⁵ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.97.

rechtsbescherming en om een in dat kader vereiste ‘rechtstoetsing’. De rechtbank erkent vervolgens dat dit niet wegneemt dat de toewijzing ook politieke consequenties kan hebben en in zoverre de politieke besluitvorming kan doorkruisen. Echter, dit is volgens de rechtbank inherent aan de rol van de rechter in ons democratisch bestel. De mogelijkheid of de zekerheid dat de kwestie ook vooral een onderwerp van politieke besluitvorming is, vormt dan ook geen grond om de rechter te beperken in zijn opdracht en bevoegdheid om een rechtsgeschil te beslechten.³⁶

De rechtbank stelt voorts dat het bij deze vordering niet gaat om een bevel om bepaalde maatregelen van wetgeving of beleid te treffen. De Staat behoudt, in geval van toewijzing, de volle vrijheid om te bepalen op welke wijze hij gevolg geeft aan het desbetreffende bevel.³⁷ De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de aspecten die samenhangen met de *trias politica* “niet in algemene zin een belemmering vormen voor toewijzing van één of meer onderdelen van de vordering, en in het bijzonder niet tot het geven van het bedoelde reductiebevel”.³⁸

De rechtbank oordeelt aldus dat de *trias politica* niet wordt doorbroken bij het oordelen van de rechtbank in onderhavige zaak en wijst daarnaast de primaire vordering van Urgenda toe. De rechtbank beveelt de Staat om het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te beperken of te (doen) verminderen dat dit volume aan het eind van 2020 met ten minste 25% zal zijn gereduceerd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990.³⁹ Uit hetgeen is gesteld, blijkt dat de Staat zich ten doel stelt om de emissie broeikasgassen te reduceren met een percentage van 17% per 2020.⁴⁰ De rechtbank beveelt de Staat echter om een reductiepercentage van minimaal 25% te garanderen.

1.3 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de vraag opgeworpen op welke gronden de stichting Urgenda zich enerzijds en de Staat zich anderzijds beroept in het onderhavige proces.

Urgenda lijkt de relatie tussen de Staat en zijn burgers in het onderhavige geval op te vatten als een (denkbeeldig) contract.⁴¹ Dat blijkt uit de stelling dat de Staat zijn verplichting niet is nagekomen

³⁶ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.98.

³⁷ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.101. Wilma Mansveld, staatssecretaris Infrastructuur en Milieu in het kabinet Rutte-II, merkt echter namens het kabinet op: “Nationaal zijn de kamer en het kabinet aan zet om het klimaatbeleid te formuleren. Dat is logisch, want de discussie moet gevoerd worden waar die gevoerd moet worden. Dat is hier de politieke agenda. Door het vonnis is de zaak die door Urgenda is aangespannen, verschuift die discussie naar de rechtszaal” (Handelingen Tweede Kamer 2015/16, nr. 16, item 4, 6417-6418).

Over de beslissing tot hoger beroep, zie bijvoorbeeld Voermans, *Volkskrant* 28 augustus 2015.

³⁸ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.102.

³⁹ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 5.1.

⁴⁰ Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.31, 4.33.

⁴¹ ‘Denkbeeldig’, omdat er geen werkelijk contract is gesloten.

door de zorgplicht jegens zijn burgers te schenden. Deze zorgplicht bestaat op basis van artikel 21 Gw. In het geval de relatie Staat-burger wordt opgevat als een contractuele relatie is het niet verwonderlijk dat Urgenda – optredend namens burgers – zich tot de rechterlijke macht wendt: de rechterlijke macht dient te controleren of de Staat zijn (contractuele) verplichtingen nakomt.

De rechtbank gaat in zijn uitspraak mee in deze conclusie van Urgenda, door te stellen dat zij inderdaad bevoegd is om het handelen van de Staat te beoordelen.⁴² Zowel de stichting Urgenda als de rechtbank concluderen dat er in dit kader geen sprake is van een politieke uitspraak die de bevoegdheden van de rechtbank overschrijdt, hoewel de rechtbank erkent dat er politieke consequenties aan de uitspraak verbonden kunnen zijn.

De Staat lijkt daarentegen niet uit te gaan van een contract, maar van zijn eigen soevereiniteit. Hij beroept zich op artikel 3:296 BW. In lid 1 van dit artikel is neergelegd dat, “tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld”. De Staat stelt dat het eventueel gesloten contract met de burgers in dit geval niet in het geding is; dat er aldus geen verplichting bestaat jegens Urgenda om een bepaald klimaatbeleid te voeren. Daarnaast betoogt de Staat dat de discussie over het gevoerde klimaatbeleid niet thuishoort in de rechtszaal en dat de uitspraak in onderhavige zaak aldus leidt tot een doorbraak van de *trias politica*. De Staat is dientengevolge van mening dat er wel degelijk sprake is van een politieke uitspraak, zodat de rechtbank zijn bevoegdheden overschrijdt.

Geconcludeerd kan worden dat er een *incongruentie* lijkt te bestaan in de redeneringen van Urgenda en de Staat ten aanzien van het te voeren klimaatbeleid en de verplichtingen jegens de burgers hieromtrent. Dit leidt tot een nieuwe vraag: wat betekent deze vermoede incongruentie voor het vraagstuk van de politieke beslissing in het recht? Dit zal in het volgende hoofdstukken worden behandeld aan de hand van de filosofie van Carl Schmitt.

⁴² Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 5.1.

Hoofdstuk 2: Carl Schmitt en de soevereine beslissing

“The sovereign produces and guarantees the situation in its totality.

He has the monopoly over the last decision.”

– Carl Schmitt

In het vorige hoofdstuk heb ik de suggestie opgeworpen dat er een incongruentie lijkt te bestaan tussen de argumenten van de stichting Urgenda enerzijds en die van de Staat anderzijds in de Urgenda-zaak. In de volgende hoofdstukken zal ik het denken van Carl Schmitt toelichten en hiermee zal ik verder licht schijnen op deze vermoede incongruentie.

Ik zal dit doen aan de hand van Schmitts notie van de (rechterlijke) beslissing: een onderwerp dat zowel in verschillende rechtsfilosofische als politiek-filosofische verhandelingen van zijn hand een rol speelt.⁴³ Het zal duidelijk worden dat Schmitts denken uitermate geschikt is om het belang van de politieke dimensie in de rechterlijke beslissing te bespreken, omdat zijn soevereiniteitsopvatting direct verband houdt met zijn opvattingen over de rechterlijke beslissing.

Vanwege deze samenhang tussen zijn politieke filosofie en zijn rechtsfilosofie, heb ik gekozen voor de volgende opbouw: hoofdstuk 2 en 3 vormen een tweeluik. In het voorliggende hoofdstuk zal ik Schmitts politieke filosofie bespreken, meer in het bijzonder zal ik onderzoek doen naar zijn opvattingen over soevereiniteit. Ik zal de volgende deelvraag beantwoorden: *op welke wijze hangen recht en soevereiniteit samen volgens Schmitt?* Vervolgens zal ik in het volgende hoofdstuk een verband leggen tussen zijn politiek-filosofische en rechtsfilosofische opvattingen.

2.1 Schmitts politieke filosofie: soevereiniteit, uitzonderingstoestand en beslissing

Voor het begrijpen van Schmitts notie van soevereiniteit kan het werk *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922) [in het vervolg kortweg: *Politische Theologie*] als uitgangspunt dienen. Schmitt begint het eerste hoofdstuk van dit werk – toepasselijk getiteld *Definition der Souveränität* – met zijn definitie van de ‘soverein’. Volgens hem is deze soeverein: “*Wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”.⁴⁴

Deze definitie maakt op het eerste gezicht nog weinig duidelijk over Schmitts soevereiniteitsopvatting, maar wijst wel op enkele belangrijke begrippen die uitgelegd dienen te worden om grip te krijgen op Schmitts soevereiniteitsbegrip, namelijk: ‘uitzonderingstoestand’ [*Ausnahme(zustand)*], ‘soevereiniteit’ [*Souveränität*] en ‘beslissing’ [*Entscheidung; Dezision; Urteil*].

⁴³ Zie Schmitt 2016, p. vi. Schmitt noemt hier zelf – in het voorwoord bij *Gesetz und Urteil* uit oktober 1968 – dat de werken *Die Diktatur* (1912), *Politische Theologie* (1922), *Der Hüter der Verfassung* (1931) en *Über die Drie Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934) wat de (rechterlijke) beslissing betreft centraal staan.

⁴⁴ Schmitt 1996a, p. 13; Schmitt 2005, p. 5.

Deze begrippen hangen nauw samen met enkele andere begrippen in Schmitts politieke filosofie – ‘het politieke’ [*das Politische*], ‘normaliteit’ [*Normalität*] en ‘dictatuur’ [*Diktatur*].

In volgende paragrafen zal ik de betekenis van deze begrippen uiteenzetten, zowel op zichzelf als ook in hun onderlinge samenhang.

2.1.1 De uitzonderingstoestand en de normale toestand

Zoals ik hierboven heb beschreven, beslist ‘de soeverein’ volgens Schmitt over de ‘uitzonderingstoestand’. Wat is of wat betekent deze uitzonderingstoestand volgens Schmitt? De basis van het begrip wordt gelegd in het werk *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921) [in het vervolg kortweg: *Die Diktatur*].⁴⁵ De uitzonderingstoestand omvat volgens dit werk handelingen die losstaan van elk wettelijk kader of elke wettelijke beperking [*ohne Rücksicht auf gesetzlichen Schranken*] en een bepaald doel dienen voor de staat.⁴⁶ De uitzonderingstoestand rijst in perioden van ernstige economische of politieke onrust⁴⁷ en geeft de soeverein de noodzakelijke mogelijkheid om een keuze te maken tussen verschillende opvattingen. De uitkomst van deze keuze brengt nieuwe normen tot stand⁴⁸ – een nieuwe ‘normaliteit’ [*Normalität*]; een normale toestand.⁴⁹ Zowel de uitzonderingstoestand als de normale toestand staan enerzijds centraal bij de vorming van een (materiële) politieke identiteit, anderzijds bij deze politieke identiteit *an sich*.⁵⁰

De uitzonderingstoestand wordt aldus door Schmitt gecontrasteerd met de *normale toestand*. Wat houdt deze normale toestand in volgens Schmitt? Om dit te begrijpen kunnen Schmitts ideeën over de politieke identiteit *an sich* en het tot stand komen van deze (materiële) politieke identiteit een vertrekpunt vormen. De materiële politieke identiteit is volgens Schmitt heden ten dage *de facto* altijd een democratische identiteit.⁵¹ Schmitts begrip van politieke identiteit houdt dan ook verband met zijn democratieopvatting.

In de volgende subparagraaf zal ik nu de verhouding tussen ‘uitzonderingstoestand’, ‘normale toestand’, ‘politieke identiteit’ en ‘democratie’ bespreken.

⁴⁵ Dit werk verscheen één jaar voor *Politische Theologie*.

⁴⁶ Schmitt 2015, p. 169; Schmitt 2016b, p. 149.

⁴⁷ Dit is opgenomen in een voetnoot van de vertaler George Schwab in de Engelse vertaling van *Politische Theologie* [*Political Theology*]. Zie hiervoor Schmitt 2005, p. 5.

⁴⁸ Schmitt 1996a, p. 19; Schmitt 2005, p. 13.

⁴⁹ Hier wil ik al wijzen op het feit dat er volgens Schmitt een duidelijke tegenstelling bestaat tussen de uitzonderingstoestand en de normale toestand, later zal ik hier verder op ingaan.

⁵⁰ Schmitt 2015, pp. 150-167; Schmitt 2016b, pp. 132-147.

⁵¹ Schmitt 1996a, p. 55; Schmitt 2005, p. 50.

2.1.2 Politieke identiteit en democratie

‘Democratie’ is een veelzijdig begrip. Het voert hier te ver om alle verschillende democratieopvattingen te bespreken, daarom zal ik volstaan met enkele opvattingen van het begrip. Bastiaan Rijkema onderscheidt in zijn proefschrift *Weerbare democratie* (2015) twee democratieopvattingen. De eerste is de zogenaamde formele democratie. Een belangrijk kenmerk daarvan is dat het gehele volk mag deelnemen aan de besluitvorming waarna de meerderheid uiteindelijk een besluit neemt.⁵² Rijkema vat deze vorm van democratie als volgt samen: “[het is] democratie uitsluitend als besluitvormingsprocedure – een ‘marktplaats van ideeën’, waarin alle ideeën gelijk zijn”.⁵³ Daarnaast onderscheidt hij de zogenaamde materiële democratie. De materiële democratieopvatting vult de formele democratie aan en betoogt dat deze gegrondvest is op een aantal fundamentele waarden.⁵⁴ Voorbeelden van dergelijke waarden zijn bijvoorbeeld vrijheid of gelijkheid. Deze waarden vullen het begrip van de besluitvormingsprocedure waarbij de meerderheid beslist aan.

Rijkema’s definitie roepen vragen op. Zo kan de vraag worden gesteld wie dit ‘gehele volk’ in zijn formele democratieopvatting precies vormen of vormt, of hoe achterhaald kan worden wat (de meerderheid van) dit ‘gehele volk’ precies wil.⁵⁵ In het werk *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923) gaat Schmitt in op dergelijke vragen. In een centrale passage vergelijkt hij zijn idee van de vorming van de volkswil – zoals later zal blijken de politieke identiteit van het volk – met het gebruikelijke systeem van anonieme verkiezingen en de vorming van een parlement van volksvertegenwoordigers:⁵⁶

“Die einstimmige Meinung von 100 Millionen Privatleuten ist weder Wille des Volkes, noch öffentliche Meinung. Der Wille des Volkes kann durch Zuruf, durch *acclamatio*, durch selbstverständliches, unwidersprochenes Dasein ebensogut und noch besser demokratisch geäußert werden als durch den statistischen Apparat, den man seit einem Jahrhundert mit einer so minutiösen Sorgfalt gebildet hat. Je stärker die Kraft des demokratischen Gefühls, um so sicherer die Erkenntnis, daß Demokratie etwas anderes ist als ein Registriersystem geheimer Abstimmungen. Von reiner, nicht nur in technischen, sondern auch im vitalen Sinne unmittelbaren Demokratie erscheint das aus liberalen Gedankengängen entstandene Parlament als eine künstliche Maschinerie, während diktatorische und zäsarische Methoden nicht nur von

⁵² Rijkema 2015, p. 18.

⁵³ Bellekom 1982, p. 118, zoals aangehaald in Rijkema 2015, p. 19.

⁵⁴ Bellekom 1982, p. 119, zoals aangehaald in Rijkema 2015, p. 19.

⁵⁵ Opvallend in deze terminologie is de gelijkenis met de *volonté générale* van Rousseau. Zie hiervoor Rousseau 2011, p. 164 e.v.

⁵⁶ Deze passage wordt door Jan-Werner Müller eveneens gebruikt om de democratieopvatting van Schmitt te illustreren. Zie hiervoor Müller 2016, pp. 27, 51-52.

der *acclamatio* des Volkes getragen, sondern auch unmittelbare Äußerungen demokratischer Substanz und Kraft sein können.”⁵⁷

In deze passage – waarin ik wil wijzen op Schmitts sarcastische bewoordingen waarmee hij de parlementaire democratie beschrijft – wordt duidelijk dat ‘de volkswil’ tot stand kan komen door ‘acclamatie’ [*acclamatio*] op basis van dictatoriale en caesaristische methoden [*diktatorische und zäsarische Methoden*] in plaats van door middel van (de vorming van) een parlement, hetgeen volgens Schmitt samenhangt met de liberale redeneerwijze. Hieruit blijkt Schmitts kritiek op de parlementaire democratie en, meer specifiek, zijn kritiek op het gebruikelijke samengaan van liberalisme en democratie (in de zogenaamde ‘liberale democratie’). Volgens Schmitt berust democratie – dus niet liberale democratie – op het principe dat niet alleen gelijken gelijk worden behandeld, maar ook dat ongelijken ongelijk worden behandeld.⁵⁸ Schmitts democratie vereist dus ten eerste, in tegenstelling tot de liberale democratie, *homogeniteit* – het gelijk behandelen van gelijken – en, daarnaast, de eliminatie of uitsluiting van *heterogeniteit* – het ongelijk behandelen van ongelijken. Democratie verkrijgt haar (politieke) macht door datgene op afstand te houden wat de homogeniteit bedreigt. Hieruit volgt dat ‘democratische substantie’ [*demokratischer Substanz*] volgens Schmitt ook wel kan worden omschreven als een ‘substantie van gelijkheid’ of een ‘homogene substantie’.⁵⁹ Kort gezegd betekent dit dat de volksmassa in de echte, ware democratie volgens Schmitt moet bestaan uit *gelijken*.

Deze democratische volksmassa, bestaande uit gelijken, kan niet tot stand komen onder invloed van het liberale denken. Gelijkheid wordt – onder invloed van het liberalisme – vaak in verband gebracht met *gelijke rechten* voor *iedereen*.⁶⁰ Volgens Schmitt heeft het echter enkel zin om gelijke rechten te verschaffen aan mensen *binnen* de substantie van gelijkheid – de homogeniteit binnen de democratie. Democratie heeft, noodzakelijkerwijs, grenzen – hetgeen door het liberalisme niet wordt erkend. Het liberalisme wil namelijk, volgens Schmitt, gelijke rechten verschaffen aan de *mensheid* [*Menschheitsdemokratie*].⁶¹ Deze ‘democratie van de mensheid’ blijft logischerwijs niet beperkt tot een specifieke staat of een specifiek territorium, maar heeft de potentie zich uit te breiden naar een steeds groter oppervlak, in potentieel zelfs naar gehele wereld. Dit volgt namelijk uit de liberale opvatting, die door Schmitt als volgt wordt omschreven: “jeder erwachsene Mensch, bloß als Mensch, soll *eo ipso* jedem andern Menschen gleichberechtigt sein”.⁶²

⁵⁷ Schmitt 1926, pp. 22-23; Schmitt 1985, pp. 16-17. Er dient hier eveneens verwezen te worden naar Schmitt 1932, p. 60 waar Schmitt eveneens stelt dat een ‘directe stem’ van het volk boven elke vorm van indirecte representatie.

⁵⁸ Schmitt 1926, pp. 13-14; Schmitt 1985, pp. 8-9.

⁵⁹ Schmitt 1926, p. 14; Schmitt 1985, p. 9.

⁶⁰ Schmitt 1926, p. 17; Schmitt 1985, p. 12.

⁶¹ Schmitt 1926, p. 16; Schmitt 1985, p. 11.

⁶² Schmitt 1926, p. 16; Schmitt 1985, p. 11.

Volgens Schmitt is het samengaan van het liberalisme en democratie problematisch. In *Der Begriff des Politischen* (1932) wordt duidelijk waarom: de liberale democratie en haar idee van ‘de mensheid’ zorgt voor de *neutralisering* van ‘het politieke’. Deze neutralisering van het politieke en het problematische karakter hiervan zal ik bespreken in de volgende paragraaf.

2.2 ‘Het politieke’ en zijn neutralisering

‘Het politieke’ [*das Politische*] is een van de belangrijkste noties in Schmitts politiek-filosofische werk. Het wordt kortweg gedefinieerd door het onderscheid tussen ‘vriend’ en ‘vijand’.⁶³ Dit onderscheid wordt door Schmitt beschouwd als de centrale notie in de staat. Alle concepten die gelieerd zijn aan de staat – zoals bijvoorbeeld ‘het volk’ – verkrijgen hun betekenis door middel van dit begrip.⁶⁴

Concreet betekent het onderscheid tussen vriend en vijand een *mogelijkheid* tot conflict: de vijand is een *mogelijke* vijand.⁶⁵ Vijandschap in deze zin betekent niet dat er een oneindige oorlog of een oneindig conflict plaatsvindt of plaatsheeft, het betekent dat de mogelijkheid tot uitsluiting bestaat – de mogelijkheid om iets of iemand te beschouwen, of te betitelen, als ‘anders dan jij’. Het betekent aldus op zijn minst de mogelijkheid van en het risico op ongelijkheid.⁶⁶ Schmitt betoogt dat deze mogelijkheid van en het risico op ongelijkheid centraal dienen te staan binnen een democratie. Zoals eerder duidelijk werd, betekent democratie volgens Schmitt namelijk de substantie van gelijkheid, of homogeniteit. Deze homogene substantie kan ook wel worden omschreven als de democratische identiteit en kan tot stand komen door de identificatie van het politieke *binnen* de staat – het onderscheid tussen de vriend en de vijand, of de mogelijkheid tot het onderscheid van de vriend en de vijand binnen de staat.

Hiermee wordt duidelijk wat Schmitt bedoelt met de genoemde ‘neutralisering’ van het politieke: de homogene substantie – de democratische identiteit – kan niet tot stand komen wanneer het onderscheid tussen vriend en vijand onmogelijk is gemaakt.⁶⁷ Dit is dan ook Schmitts voornaamste kritiek op het liberalisme. Het liberalisme – en zijn doel om alle mensen gelijke rechten te verschaffen – vernietigt het vriend/vijand-onderscheid. Sterker nog, het vernietigt *elk* mogelijk onderscheid. Daarbij probeert het liberalisme de mogelijkheid tot conflict te transformeren naar een politiek debat⁶⁸ – een ‘eindeloos gesprek’.⁶⁹ De combinatie van de vernietiging van elk onderscheidend vermogen en de

⁶³ Zie bijvoorbeeld Schmitt 1933, p. 9; Schmitt 2006a, p. 62, Derrida 2005, p. 121 en Frissen 2013, p. 115.

⁶⁴ Schmitt 1933, p. 7; Schmitt 2006a, p. 57.

⁶⁵ Derrida 2005, pp. 86, 121.

⁶⁶ Schmitt 1926, p. 17; Schmitt 1985, p. 9.

⁶⁷ Derrida 2005, p. 113.

⁶⁸ Zie hierover bijvoorbeeld Schmitt 1933, p. 15, Schmitt 2006a, p. 64 en Ellian 2009, p. 203.

⁶⁹ Zoals dit wordt omschreven in Schmitt 1986.

vernietiging van elke mogelijkheid tot conflict, resulteert volgens Schmitt in de neutralisering van het politieke. Deze neutralisering beschouwt Schmitt als zeer problematisch.

Zoals gesteld, wordt de democratische identiteit namelijk gevormd door het politieke. Alle identiteit is volgens Schmitt gebaseerd op de erkenning van deze identiteit.⁷⁰ In dit geval refereert deze erkenning aldus aan de erkenning of identificatie van de homogene substantie – de gelijkheid van de vrienden. Deze homogene substantie kan alleen tot stand komen wanneer de heterogeniteit – de vijanden – op afstand worden gehouden. Kortom: door uitsluiting van ‘het andere’. Dit geldt zowel voor de vijanden binnen de democratische staat, als voor de externe vijanden buiten het grondgebied van de democratische staat. Dit terwijl de liberale democratie ‘het andere’ juist insluit door de *mensheid* – iedereen, zonder onderscheid – gelijke rechten te verschaffen.⁷¹

De vraag die echter nog onbeantwoord is gebleven, is hoe deze democratische identiteit als zijnde homogene substantie gevormd of geïdentificeerd kan worden. Duidelijk is dat dit niet dient te gebeuren door de vorming van een parlement en met behulp van de liberale redeneerwijze.⁷² Schmitt betoogt dat de vorming van een parlement door middel van geheime verkiezingen geen goede manier is voor een dergelijke identificatie.⁷³ Dit is gelegen in het feit dat er volgens hem altijd een verschil zal blijven tussen de homogene substantie binnen de staat en het resultaat van de identificatie hiervan door middel van geheime verkiezingen.

Hoe dient de identiteit dan tot stand te komen, als het resultaat van geheime verkiezingen onbevredigend is? De oplossing die Schmitt in dit verband aandraagt, houdt direct verband met de ‘oplossing’ van de zogenaamde representatieve democratie of indirecte democratie: “Wenn aus praktischen und technischen Gründen statt das Volkes Vertrauenslaute des Volkes entscheiden, kann ja auch im Namen desselben Volkes ein einziger Vertrauensmann entscheiden”.⁷⁴ In plaats van de identificatie of vertegenwoordiging van het volk – hier op te vatten als de homogene volksmassa – dient de identificatie of vertegenwoordiging te worden toevertrouwd aan een *enkele* vertegenwoordiger van deze volksmassa [*ein einziger Vertrauensmann*]. Door de identificatie of vertegenwoordiging door deze enkele vertegenwoordiger komt de door Schmitt gewenste *Identität von Regierenden und Regierten*⁷⁵ – de onmiddellijke vertegenwoordiging van de homogene volksmassa – tot stand. Jan-Werner Müller

⁷⁰ Schmitt 1926, p. 35; Schmitt 1985, p. 26.

⁷¹ Schmitt 1926, p. 16; Schmitt 1985, pp. 10-11.

⁷² Zie hiervoor §2.1.2.

⁷³ Schmitt 1926, pp. 22-23; Schmitt 1985, pp. 16-17.

⁷⁴ Schmitt 1926, p. 42; Schmitt 1985, p. 34. Zie eveneens Schmitt 1932, p. 60 over de voorkeur van een directe expressie van de volkswil boven elke vorm van indirecte vertegenwoordiging van deze wil.

⁷⁵ Schmitt 1926, p. 35; Schmitt 1985, p. 26.

betoogt in het verlengde hiervan dat “acclamation by a homogeneous people” voor Schmitt “the hallmark of proper democracy” is.⁷⁶

Wie is dan deze enkeling, die de homogene volksmassa identificeert en direct vertegenwoordigt? Is dit de soeverein waar Schmitt over spreekt in de eerste zin van *Politische Theologie*? Dat is inderdaad het geval. Het is de *democratische soeverein*⁷⁷ die enerzijds beslist over de uitzonderingstoestand, maar met deze beslissing anderzijds de normale situatie – de identiteit van de volksmassa met bijbehorende normen – tot stand brengt. Deze soeverein is een democratisch instituut, aangezien hij de wil van het volk (direct) vertegenwoordigt – ‘het gehele volk’ in Rijkema’s formele democratie. Echter, het grote verschil is dat deze vertegenwoordiging niet tot stand komt door de gebruikelijke verkiezingen en hiermee de vorming van het parlement – ‘de deelneming aan de besluitvormingsprocedure’ in Rijkema’s definitie. Dit zijn volgens Schmitt namelijk kenmerken van een liberale democratie, niet van zijn ‘democratie’ – zonder het bijvoeglijk naamwoord toebehorend aan de stroming die hij zo verfoeit.

In *Die Diktatur* gaat Schmitt verder in op de democratische soeverein, in de volgende paragraaf zal dit werk van Schmitt dan ook centraal staan.

2.3 Schmitts (democratische) dictatuur

In *Die Diktatur* gaat Schmitt in op het samengaan van dictatuur en soevereiniteit in de loop van de geschiedenis. Zoals gezegd, betekent soevereiniteit voor Schmitt het beslissen over de uitzonderingstoestand. Deze beslissing over de uitzonderingstoestand heft de constitutionele orde of rechtsorde (tijdelijk) op, om tegelijkertijd deze zelfde orde te beschermen, of om een nieuwe orde te vestigen.⁷⁸ Dictatuur betekent volgens Schmitt op haar beurt het beslissen in naam van iemand anders.⁷⁹ Op het eerste gezicht lijken deze begrippen weinig met elkaar – en weinig met democratie – te maken te hebben. Echter, volgens Schmitt komen zij in de loop van de geschiedenis steeds nader tot elkaar, tot zij uiteindelijk volledig met elkaar verweven raken in het democratische instituut van de *soevereine dictator*.

Schmitt begint met het uiteenzetten van de betekenis van de *commissarische dictatuur*, zoals deze bestond in de vroegmoderne tijd. De *commissarische dictator* was iemand die door de soeverein werd benoemd om de constitutie te beschermen in tijden van chaos, bijvoorbeeld in geval van oorlog met een buitenlandse mogendheid of in geval van een burgeroorlog. Omdat deze dictator werd benoemd

⁷⁶ Müller 2016, p. 51.

⁷⁷ Er bestaan natuurlijk andere vormen van soevereiniteit, bijvoorbeeld soevereiniteit in een monarchie. Echter, aangezien Schmitt aangeeft dat een hedendaagse constitutie een democratische dient te zijn en wij daarnaast tegenwoordig in een democratie leven, is gekozen voor een beschouwing van democratische soevereiniteit.

⁷⁸ De Wit 1992, p. 29.

⁷⁹ Schmitt 2015, pp. 25, 32-33; Schmitt 2016b, pp. 20, 25, 33.

door de soeverein, en in naam van deze soeverein besliste, bezat hij zelf geen soevereiniteit. De soevereiniteit berustte namelijk bij de absolute vorst; hij was degene die besloot of de uitzonderingstoestand zich voordeed en dus of er überhaupt een commissarische dictator benoemd diende te worden. In het verlengde hiervan was de absolute vorst op zijn beurt geen dictator – hij besliste op eigen titel, terwijl de dictator volgens Schmitt, zoals gezegd, altijd beslist in naam van iemand anders. In de vroegmoderne tijd waren de soeverein en de dictator aldus twee aparte instituten.⁸⁰

Dit onderscheid tussen de soeverein en de dictator verdween tijdens de Franse Revolutie. Gedurende de Franse Revolutie werd de Franse absolute vorst afgezet.⁸¹ Na deze afzetting ontstond chaos – een uitzonderingstoestand. Hierop volgde de roep om en de noodzaak van een nieuwe constitutie – een nieuwe normale toestand, om met Schmitt te spreken. De *gouvernement révolutionnaire* claimde hierop het gezag om over deze uitzonderingstoestand te beslissen met het doel een nieuwe constitutie tot stand te brengen. De eenvoudige conclusie in dit verband zou zijn dat de *gouvernement révolutionnaire* hiermee soevereiniteit claimde. Echter, volgens Schmitt was dit niet het geval. De *gouvernement révolutionnaire* verklaarde dat zij de nieuwe constitutie tot stand bracht *in naam van* het Franse volk.⁸²

Schmitt leidt hieruit de vorming van een nieuw instituut af, namelijk de figuur van de *soevereine dictator*. Deze soevereine dictator beslist over de uitzonderingstoestand en bezit hiermee soevereiniteit. Deze soevereiniteit wordt echter uitgeoefend in naam van iemand anders – in dit geval in naam van het Franse volk. Dit leidt ertoe dat deze soeverein dus tegelijkertijd kan worden beschouwd als dictator. In deze figuur van de soevereine dictator komen de noties van soevereiniteit en homogeniteit samen. Volgens Schmitt is de soevereine dictator een *democratisch* instituut, hij identificeert en vertegenwoordigt het volk (de homogene substantie) direct. Hieruit blijkt waarom soevereiniteit volgens Schmitt essentieel is voor democratie. Door de uitoefening van soevereiniteit – de beslissing over de uitzonderingstoestand – binnen een democratie wordt het namelijk mogelijk om de democratische identiteit tot stand te brengen.⁸³ Deze democratische identiteit is, zoals gezegd, essentieel voor de vorming van de normale toestand.

Dit staat haaks op de gangbare opvatting die poogt democratie en soevereiniteit met elkaar te verenigen of soevereiniteit “slechts [beschouwt als] een historisch interessante categorie of een zinloze abstractie”.⁸⁴ Volgens Schmitt ligt soevereiniteit, zoals gezegd, aan de basis van democratie. De

⁸⁰ Dit is een korte weergave van hetgeen in Schmitt 2015, pp. 25-41; Schmitt 2016b, pp. 132-147 uiteen wordt gezet.

⁸¹ Zie voor de ontwikkeling van de democratie in Frankrijk na de onthoofding van de koning bijvoorbeeld Lefort 2016, p. 46 e.v., Van de Wiel & Verheijen 2016, pp. 15 e.v. en Lefort 1992, pp. 18 e.v.

⁸² Schmitt 2015, pp. 150-167; Schmitt 2016b, pp. 132-147.

⁸³ De Wit 1992, p. 28.

⁸⁴ De Wit 1992, p. 28.

soeverein maakt het mogelijk om een democratische constitutie of identiteit tot stand te brengen door de homogeniteit in de samenleving te identificeren.⁸⁵ Door dit te doen, brengt de soeverein de normale toestand tot stand. Voor Schmitt betekent dit ook de identificatie van de externe vijand en de onderdrukking van interne vijanden die niet akkoord gaan met de (nieuwe) normale situatie.⁸⁶

Naast de eerder uiteengezette kritiek van Schmitt op het liberalisme – de vernietiging van elk onderscheidend vermogen en elke mogelijkheid tot conflict – is in het verlengde hiervan nog een kritiekpunt op het liberalisme te herkennen. Dit kritiekpunt is tevens het belangrijkste kritiekpunt van Schmitt op het liberalisme, of op de liberale democratie. Het liberalisme is volgens Schmitt namelijk niet in staat de essentiële beslissing over de uitzonderingstoestand tot stand te brengen. De uitzonderingstoestand verdwijnt door de neutralisering van het conflict, of de eliminatie of transformatie van elke mogelijkheid tot conflict. Volgens Schmitt dient het liberalisme te worden afgeschud om het belang van de uitzonderingstoestand te kunnen onderkennen. Deze uitzonderingstoestand zorgt er namelijk voor dat de normale toestand tot stand kan worden gebracht – dat de *rechtsorde* tot stand kan worden gebracht.⁸⁷

De rechtsorde, als zijnde normale toestand, vereist aldus een daad van *identificatie*. In een democratie is het samengaan van de (wil van de) ‘regerenden’ en de (wil van de) ‘geregeerden’ namelijk nooit een simpel feit. Deze identificatie rechtvaardigt volgens Schmitt de enkele vertegenwoordiger – de soevereine dictator. Zoals gezegd, is dictatuur dus volgens Schmitt niet antidemocratisch, omdat het politieke regime dat de dictatuur vestigt gebaseerd is op (een acclamatie van) de wil van het volk.⁸⁸ Dit fundament in de volkswil is volgens Schmitt tevens het kenmerkende element van de democratie. Jacob Taubes (1923-1987) trekt daarop de volgende conclusie: Schmitt beoogt een dictatuur in de vorm van een democratie⁸⁹ – “een directe uiting van de democratische substantie en macht”.⁹⁰

2.4 Tussenconclusie

Ik kom tot een beantwoording van de opgeworpen vraag aan het begin van dit hoofdstuk: *op welke wijze hangen recht en soevereiniteit volgens Schmitt samen?*

Geconcludeerd kan worden dat de normale toestand volgens Schmitt geldt als basis van de rechtsorde en, in het verlengde hiervan, ook als basis van het recht. Ik heb met behulp van Schmitt

⁸⁵ Schmitt 1954, pp. 58-60, 236-238; Schmitt 2008, pp. 109-110, 265-266.

⁸⁶ Seitzer & Thornhill 2008, pp. 46-48 in het voorwoord bij Schmitt 2008 (de Engelse vertaling van *Verfassungslehre*).

⁸⁷ Dit verband met de rechtsorde zal het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde komen.

⁸⁸ Schmitt 1926, pp. 36-38; Schmitt 1985, pp. 28-30. Zie hier eveneens de gelijkenis met Rousseaus *volonté générale* (Rousseau 2011, p. 164 e.v.).

⁸⁹ Taubes 2013, p. 36.

⁹⁰ Schmitt 1926, p. 23; Schmitt 1985, p. 17.

aangetoond dat de normale toestand niet alleen naast de uitzonderingstoestand bestaat, maar hier – belangrijker nog – uit voortkomt.⁹¹ Deze innige relatie tussen de normale toestand en uitzonderingstoestand maakt het belang van soevereiniteit voor de rechtsorde en het recht duidelijk. De soeverein is namelijk degene die beslist over de uitzonderingstoestand⁹² en hiermee de rechtsorde tot stand brengt. Zonder soevereiniteit(suitoefening) zou er, met andere woorden, volgens Schmitt geen rechtsorde bestaan.

Het citaat waarmee ik dit hoofdstuk begon, illustreert dit: “The sovereign produces and guarantees the situation in its totality. He has the monopoly over the last decision.” Soevereiniteit definieert de rechtsorde. Hiermee wordt eveneens het belang van dit hoofdstuk duidelijk: Schmitts soevereiniteitsopvatting diende eerst besproken te worden, alvorens ik kan overgaan tot zijn rechtsfilosofische opvattingen. Deze zullen centraal staan in het volgende hoofdstuk.

⁹¹ De Wit, pp. 28, 29. Dit verklaart waarom het primaat volgens Schmitt bij de uitzonderingstoestand ligt en niet bij de normale toestand, zie hierover Schmitt 1996a, p. 21; Schmitt 2005, pp. 16, 22.

⁹² Schmitt 1996a, p. 13; Schmitt 2005, p. 5.

Hoofdstuk 3: Carl Schmitt en de rechterlijke beslissing

“*Inter arma enim silent leges*”⁹³

– Marcus Tullius Cicero

In het voorgaande hoofdstuk ben ik ingegaan op Schmitts politieke filosofie. Een flinke omweg in de vorm van een bespreking van verschillende begrippen was nodig om uit te leggen wat Schmitt bedoelt met de (democratische) identiteit binnen een staat, wat hij verstaat onder de normale toestand en hoe deze tot stand gebracht dienen te worden. Het is duidelijk geworden dat de soeverein deze identiteit, als zijnde de normale toestand, enerzijds tot stand brengt en anderzijds direct vertegenwoordigt.⁹⁴

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de betekenis van deze denkbeelden voor de rechtsorde in het algemeen en de rechterlijke beslissing in het bijzonder. Meer specifiek zal ik verder ingaan op de verhouding tussen en verbinding van soevereiniteit en recht, een belangrijk thema in Schmitts rechtsfilosofie. Aan het einde van dit hoofdstuk zal ik de volgende deelvraag beantwoorden: *in hoeverre is het volgens Schmitt noodzakelijk dat het rechterlijk Urteil [oordeel] overeenkomt met de Gesetz [wet]?*

Het is belangrijk om deze vraag te beantwoorden, omdat het nemen van een ‘politieke beslissing’ niet het strikt volgen van wettelijke normen door de rechter impliceert. Het betekent juist dat de rechter zijn of haar eigen – in dit geval politieke – opvattingen hanteert bij het nemen van een beslissing. Deze opvattingen zijn buiten de wet gelegen. De beantwoording van bovenstaande vraag zal duidelijk maken of het aanwenden van dergelijke opvattingen of normen door de rechter volgens Schmitt in het algemeen is toegestaan, alvorens deze vraag specifiek kan worden beantwoord met betrekking tot het gebruik maken van (buitenwettelijke) *politieke* opvattingen bij het nemen van een beslissing.

3.1 Soevereiniteit en recht

De verhouding tussen en verbinding van soevereiniteit en recht – die ik met behulp van Schmitt aannemelijk heb gemaakt in het tweede hoofdstuk – is er niet een die algemeen geldt. Zoals Theo de Wit schrijft in zijn proefschrift over Schmitt, getiteld *De onontkoombaarheid van de politiek* (1992), vergeet de rechtswetenschap die zich enkel bezighoudt met de gelding van normen in een rechtsstaat namelijk al snel het vraagstuk van de soevereiniteit.⁹⁵ Een dergelijke rechtswetenschap gaat uit van deze normen en hun geldigheid – zij beschouwt de huidige rechtsorde als een *gegeven*, zonder het moment van stichting van deze rechtsorde, of het fundament van deze rechtsorde, in oenschouw te nemen, laat

⁹³ “In tijd van oorlog zwijgen de wetten.”

⁹⁴ Schmitt 1926, p. 22; Schmitt 1985, p. 16. Dit is, zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk werd, sinds de Franse Revolutie het geval.

⁹⁵ De Wit, p. 28.

staan te bevragen. Juist voor wat betreft dit stichtingsmoment en het fundament van het recht zijn Schmitts opvattingen over soevereiniteit en haar relatie tot het rechtssysteem – dat immers gebouwd is op dit fundament – bijzonder relevant. De uitzondering, waar volgens Schmitt het primaat ligt,⁹⁶ is naast een politieke categorie namelijk eveneens een juridische categorie.

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat de rechtsorde volgens Schmitt altijd gebaseerd is op een beslissing – op de beslissing over de uitzonderingstoestand die de politieke identiteit bepaalt en hiermee de normale toestand teweegbrengt. Aldus berust deze rechtsorde niet op een *norm*.⁹⁷ Hieruit blijkt dat het funderende moment van de rechtsorde voor Schmitt van *buitenaf* komt (uit de beslissing), en niet van *binnenuit* (uit de norm).⁹⁸ Zoals Schmitt schrijft: “Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren”.⁹⁹ Deze cryptische omschrijving maakt duidelijk dat de funderende beslissing, die de rechtsorde tot stand brengt, nooit berust op een van tevoren bestaand fundament. De beslissing *moet* genomen worden – het is een *essentiële* beslissing voor de rechtsorde, maar deze berust louter op zichzelf. Hiermee laat de betekenis van de frase ‘wordt uit het niets geboren’ [*aus einem Nichts geboren*] zich verklaren. In feite herhaalt dit funderende aspect van het recht zich in iedere beslissing – ook die van de rechter, omdat de rechtsorde [recht(s)-orde]¹⁰⁰ uit twee delen bestaat: het recht (de normen) en de orde.¹⁰¹ In de beslissing over de uitzonderingstoestand blijft de orde bestaan, maar trekt het recht zich terug – soms om opnieuw gevestigd te worden in de rechterlijke beslissing, soms om in zijn geheel opnieuw gefundeerd te worden in de vorm van een nieuwe normaliteit.

Schmitt bekritiseert, in het verlengde hiervan, de gebruikelijke soevereiniteitsopvattingen. De meeste hiervan grijpen terug op de definitie van Jean Bodin (1530-1596) uit zijn werk *Les Six Livres de la République* (1576). Bodin beschrijft soevereiniteit als de hoogste en ondeelbare bevelsmacht in het gemenebest [*la puissance absolue et perpétuelle*].¹⁰² Schmitt omschrijft dergelijke soevereiniteitsopvattingen als “eindeloos herhaalde, lege begrippen”.¹⁰³ Deze zeggen namelijk weinig tot niets voor de praktijk, terwijl juist deze *praktische* relevantie van het soevereiniteitsbegrip hetgeen is waar men zich op zou moeten richten. Nogmaals, deze praktische relevantie is enerzijds gelegen in de fundering van de rechtsorde, maar is anderzijds een terugkerend element in *iedere* beslissing in en over het recht en de rechtsorde. Dit laatste aspect vloeit voort uit het feit dat het recht – ofwel, de

⁹⁶ Schmitt 1996a, p. 21; Schmitt 2005, pp. 16, 22.

⁹⁷ Zoals dit vaak wordt aangenomen in de rechtswetenschap, aldus De Wit 1992, p. 28. Dit veroorzaakt volgens dezelfde auteur ook het ‘vergeten’ van het soevereiniteitsvraagstuk in de rechtswetenschap.

⁹⁸ De normen zijn immers onderdeel van de rechtsorde zelf, het stichtingsmoment van deze normen ligt volgens Schmitt buiten deze normen – buiten de rechtsorde.

⁹⁹ Schmitt 1996a, p. 47; Schmitt 2005, p. 42.

¹⁰⁰ De Wit 1992, p. 29.

¹⁰¹ Schmitt 1996a, pp. 26, 29; Schmitt 2005, pp. 16, 22.

¹⁰² Bodin 1583, boek 1, hoofdstuk 8 zoals aangehaald in De Wit 1992, p. 30.

¹⁰³ Schmitt 1996a, p. 19; Schmitt 2005, p. 13.

rechtsnormen of rechtsideeën die ten grondslag liggen aan de rechtsorde, tot stand gebracht door de soeverein – zichzelf niet kan verwerklijken of verwezenlijken. Dit leidt ertoe dat voor de verwerklijking of verwezenlijking van deze rechtsnormen of rechtsideeën een ‘transformatie’ nodig is. Deze transformatie krijgt vorm in de inrichting en vormgeving van het recht.¹⁰⁴

De noodzaak van een dergelijke transformatie wijst er volgens Schmitt op dat er altijd een ‘leemte’ bestaat tussen de rechtsnorm of rechtsidee enerzijds, de positieve wet anderzijds en tenslotte de toepassing hiervan in rechtspraak en bestuur.¹⁰⁵ Deze leemte dient steeds overbrugd te worden door middel van de beslissing. Hiermee wordt duidelijk dat er voor Schmitt altijd een *soeverein, subjectief* moment meespeelt in de verwerklijking of verwezenlijking van het recht, of dit nu de fundering van de rechtsorde door de soeverein vanuit de uitzonderingstoestand behelst, of de concrete toepassing van de positieve wet in de rechtsorde.¹⁰⁶

Schmitt bekritiseert dan ook onophoudelijk stromingen in de rechtsfilosofie en de rechtswetenschap die proberen dit subjectieve element uit het recht te weren, of die dit element simpelweg negeren. Een voorbeeld van een dergelijke stroming is het ‘normativistische denken’ [*Normativismus*], zoals Schmitt omschrijft in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934). Dit normativistische denken verabsoluteert en isoleert de rechtsnorm of rechtsregel en verheft hiermee de norm boven het individuele geval – het verheft de norm boven de beslissing.¹⁰⁷ Zoals Schmitt stelt, beroept het normativistische denken zich op de onpersoonlijkheid van het recht, terwijl de beslissing volgens hem juist *altijd* persoonlijk is;¹⁰⁸ een zaak van de *enkeling*.¹⁰⁹ Dit noemt hij bijvoorbeeld ook in *Legalität und Legitimität* (1932), waar hij stelt dat de wetten enkel geldig zijn als normen, maar dat zij niets beslissen.¹¹⁰

Zowel in *Politische Theologie* als in *Gesetz und Urteil* (1912) wordt duidelijk dat Hans Kelsen (1881-1973) volgens Schmitt een van de vertegenwoordigers van deze normatieve rechtswetenschap is. Hij richt zich dan ook meermaals tegen de opvattingen van Kelsen, die in zijn werk *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922) poogt het recht te ‘zuiveren’ van elk sociologisch element. Dit sociologisch element kunnen we ook wel beschouwen als het machtselement – of het persoonlijke element – in het recht, dat voor Schmitt juist zo belangrijk is. Daarbij stelt Kelsen dat ieder rechtssysteem uiteindelijk te herleiden is tot een grondnorm [*Grundnorm*]. Volgens Kelsen komt de fundering van de

¹⁰⁴ Schmitt 1996a, p. 45; Schmitt 2005, p. 39.

¹⁰⁵ Schmitt 1996a, p. 47; Schmitt 2005, p. 42.

¹⁰⁶ Schmitt 1996a, p. 47; Schmitt 2005, p. 42.

¹⁰⁷ Schmitt 2006b, p. 11.

¹⁰⁸ Schmitt 2006b, p. 12.

¹⁰⁹ Schmitt 2016a, p. 71.

¹¹⁰ Zoals dit wordt beschreven in Schmitt 1932, pp. 9-10; Schmitt 2004, p. 4.

rechtsorde dan ook van *binnenuit*, terwijl deze voor Schmitt altijd van *buitenaf* komt.¹¹¹ Voor Kelsen is iedere beslissing uiteindelijk gebaseerd op deze grondnorm.¹¹² Het recht wordt hiermee een systeem. Volgens Kelsen moet de systematiek van het recht worden gevolgd. Is dit niet het geval, dan moet dit als ‘onzuiver’ [*unrein*] worden beschouwd. Iedere onzuivere toepassing van het recht dient volgens Kelsen te worden geweerd. Dit geldt ook voor het (onzuivere) soevereiniteitsbegrip, zoals Kelsen betoogt in *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920).¹¹³ Het soevereiniteitsbegrip is immers bij uitstek een representatie is van het persoonlijke element in het recht.

Schmitt uit in *Gesetz und Urteil* eveneens kritiek op de *fictiones*¹¹⁴ die in de rechtspraak van zijn tijd gebruikelijk zijn bij de toepassing van de wet, namelijk die van de ‘wil van de wet’¹¹⁵ en de ‘wil van de wetgever’.¹¹⁶ Dergelijke ficties leiden volgens Schmitt de aandacht af van de werkelijke (rechterlijke) beslissing, die niet logischerwijs voortvloeit uit of te achterhalen is uit de wil van de wet, ofwel de wil van de wetgever. Deze ficties zorgen eveneens voor de ontkenning van het soevereine (subjectieve, persoonlijke) element van de beslissing – een element dat in elke beslissing aanwezig is. In het verlengde van deze kritiek, verzet Schmitt zich ook tegen de aanname dat de rechter enkel de mond van de wet [*la bouche de la loi*] zou zijn.¹¹⁷ Duidelijk is dat deze opvatting van de rechter als ‘willoos wezen’ bij uitstek leidt tot de ontkenning van het subjectieve element in het recht. Volgens Schmitt komt er bij een rechterlijke uitspraak, als zijnde beslissing, veel meer kijken dan enkel het mechanisch ‘toepassen’ van de wet.¹¹⁸

¹¹¹ Zoals gesteld, wordt de beslissing voor Schmitt altijd ‘vanuit het niets geboren’. Zie hiervoor Schmitt 1996a, p. 47; 2005, p. 42. Hiermee wordt aldus een beslissing bedoeld die wordt genomen voordat het rechtssysteem bestaat en die hier aldus geen deel van uitmaakt – het is een funderende beslissing van *buitenaf*.

¹¹² Schmitt zou van mening zijn geweest dat Kelsens opvatting überhaupt niet betiteld kan worden als een ‘beslissing’, het lijkt eerder een logisch syllogisme (subsumptie) van normen – waar Schmitt fel op tegen is.

¹¹³ Kelsen 1920, p. 320.

¹¹⁴ Dat het hier gaat om ficties, wordt gesteld in Schmitt 2016a, p. 25, 41, 53.

¹¹⁵ Schmitt beschrijft dit in het tweede hoofdstuk van *Gesetz und Urteil* (Schmitt 2016, pp. 21-42).

¹¹⁶ Schmitt beschrijft dit in het derde hoofdstuk van *Gesetz und Urteil* (Schmitt 2016, pp. 44-66).

¹¹⁷ Schmitt verwijst hier naar de positie van de rechter in Montesquieus ‘republiek’, waar de rechters volledig gebonden zijn aan het recht. Zie voetnoot 26 voor een uitgebreide bespreking hiervan.

¹¹⁸ Schmitt 2016a, pp. 9, 68: elk criterium van wetmatigheid is volgens Schmitt waardeloos. Hiermee doelt hij zowel op de ficties van de ‘wil van de wet’, als ‘de wil van de wetgever’, maar ook op de opvatting van Montesquieu (zie vorige voetnoot).

3.1.1 De kritiek van Schmitt

Duidelijk is nu dat Schmitt zich kritisch uitlaat over zowel het liberalisme¹¹⁹ als over de normatieve rechtsfilosofie en rechtswetenschap. Houden beide kritieken verband met elkaar? Betoogd kan worden dat dit inderdaad het geval is. Het liberalisme leidt volgens Schmitt tot de neutralisering van het politieke¹²⁰ – het onderscheid tussen vriend en vijand verdwijnt. Zoals eerder gesteld, probeert het liberalisme hiermee een einde te maken aan iedere vorm van conflict. Enerzijds door iedereen als gelijk te beschouwen en gelijke rechten te verschaffen, anderzijds door het politieke conflict te transformeren naar een ‘eindeloos gesprek’, waarin geen beslissing meer wordt genomen.¹²¹

Gesteld kan worden dat waar het liberalisme feitelijk een extern conflict probeert het vermijden, het normativistische rechtsdenken het *interne* conflict uit de rechtspraktijk probeert te weren. Namelijk, het interne conflict waar iedereen die de wet toepast zich voor gesteld ziet: hoe wordt een algemene wet toegepast in een concreet geval? Dit interne conflict kan omschreven worden als het subjectieve of persoonlijke element dat volgens Schmitt bij iedere beslissing komt kijken.¹²² Dit subjectieve of persoonlijke element wordt in het normativistische denken ontkend, zoals duidelijk is geworden. De wetstoepassing wordt getransformeerd tot een eenvoudig ‘syllogisme’ [*Subsumption*].¹²³

Waar in het liberale denken verschil en onderscheid niet meer bestaan, bestaan verschil en onderscheid voor het normativistische denken aldus in de rechtspraktijk eveneens niet meer – of doet men alsof zij niet bestaan. Indien de algemene regel verabsoluteerd wordt, ontstaat hieruit het idee dat iedere beslissing ‘berekend’ kan worden. In dit geval bestaat de uitzondering niet meer. Het kan niet vaak genoeg worden onderstreept: deze uitzonderingstoestand is voor Schmitt essentieel. In de volgende paragraaf zal ik duidelijk maken dat deze uitzondering en uitzonderingstoestand niet alleen belangrijk zijn voor de fundering van de rechtsorde en het recht, maar eveneens voor Schmitts opvatting over de rechterlijke beslissing.

3.2 De betekenis van Schmitts denken voor de rechtspraktijk

Nu duidelijk is hoe Schmitts rechtsfilosofische opvattingen enerzijds samenhangen met, maar anderzijds ook deels voortvloeien uit zijn politiek-filosofische denkbeelden, dient de volgende vraag zich aan: wat

¹¹⁹ Zie hiervoor §2.1.1 waar dit in relatie tot soevereiniteit en de totstandkoming van de democratische identiteit aan de orde is gekomen.

¹²⁰ Schmitt 2006c pp. 113-129. Zie hiervoor ook Derrida 2005, p. 113.

¹²¹ Zie hierover bijvoorbeeld Ellian 2009, p. 203

¹²² Hier lijkt een verband te bestaan met hetgeen door Scholten 1974, p. 172 wordt gesteld: “*Recht doen* is de taak van den rechter. [...] het is een wilsverklaring: zoo moet het. Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is.” Zie verder Sneller 2010, pp. 285-297 over de verhouding tussen Schmitt en Paul Scholten.

¹²³ Zie hiervoor bijvoorbeeld Schmitt 2016a, pp. 8, 34, 40.

betekenen deze opvattingen nu voor de rechtspraak? Meer specifiek, wat betekenen deze opvattingen voor de *rechterlijke beslissing*?

Zoals duidelijk is geworden, speelt volgens Schmitt altijd een subjectief en persoonlijk moment mee in de verwerkelijking en verwezenlijking van het recht.¹²⁴ Dit subjectieve en persoonlijke moment bestaat uit de *beslissing* die dient te worden genomen en die feitelijk het stichtingsmoment van het recht keer op keer herhaalt. Hiermee wordt de uitzonderingstoestand een juridische categorie:¹²⁵ het is het niet omschreven, genormeerde of geregelde geval.

De uitzonderingstoestand kan dus tweeledig worden opgevat, enerzijds gaat het om de uitzonderingstoestand waar de rechter zich mee geconfronteerd ziet als hij een beslissing dient te nemen die niet eenvoudig kan worden afgeleid – ‘gesubsumeerd’ – uit voorliggende wetten en regels.¹²⁶ Dit is eerder omschreven als het (zich herhalende) stichtingsmoment dat zich bij iedere beslissing opnieuw voordoet. Anderzijds gaat het om de ‘extreme uitzonderingstoestand’,¹²⁷ deze is reeds aan de orde gekomen in §2.1 en zal in de volgende subparagraaf verder worden toegelicht.

3.2.1 De ‘extreme uitzonderingstoestand’

De ‘extreme uitzonderingstoestand’ doet zich voor wanneer het voortbestaan van de staat wordt bedreigd.¹²⁸ Volgens Schmitt dienen de bevoegdheden van degene die beslist op zo’n moment ‘onbepakt’ te zijn – dit betekent dat er bijvoorbeeld in de Grondwet kan worden geregeld *wie* er op dat moment – *wanneer* – beslist, maar niet *wat* er wordt besloten.¹²⁹ Zoals De Wit beschrijft, kan men “het juridisch hoogstens aanduiden als een mogelijke noodtoestand”.¹³⁰

Volgens Schmitt is, zoals gezegd, “de soeverein degene die over de uitzonderingstoestand beslist”.¹³¹ Hiermee wordt duidelijk dat, in de vraag naar de uitzonderingstoestand, het *subject* van de soevereiniteit relevant wordt.¹³² Voor Schmitt is deze beslissing – de beslissing over het subject van de

¹²⁴ Schmitt 1996a, p. 47; Schmitt 2005, p. 42.

¹²⁵ De Wit 1992, p. 29.

¹²⁶ Schmitt 2016a, p. 8.

¹²⁷ Deze term is door mij bedacht en afgeleid van *extremus necessitatis casus* – een term die wel door Schmitt zelf wordt gebezigd. In hetgeen zal volgen, wordt duidelijk dat een dergelijk onderscheid tussen de uitzonderingstoestand en de extreme uitzonderingstoestand waardevol is bij het bespreken van Schmitts opvattingen voor het recht.

¹²⁸ De Wit, p. 29.

¹²⁹ In de Nederlandse Grondwet is de noodtoestand neergelegd in artikel 103 lid 1: “De wet bepaalt in welke gevallen ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid bij koninklijk besluit een door de wet als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd; zij regelt de gevolgen.”

¹³⁰ De Wit 1992, p. 29.

¹³¹ Schmitt 1996a, p. 13; Schmitt 2005, p. 5.

¹³² De Wit 1992, p. 29. Schmitt identificeert soevereiniteit aldus stilzwijgend met subjectiviteit.

soevereiniteit – *het* beslissende moment bij uitstek; *het* funderende moment voor de rechtsorde. De beslissing van de soeverein over de extreme uitzonderingstoestand is, met andere woorden, de ultieme beslissing. Dit laat zien dat deze beslissing niet terug te voeren is op een (grond)norm; een grondwet of andere wetten kunnen namelijk alleen tamelijk ‘lege bepalingen’ of formele bepalingen verschaffen (het wanneer en wie), een materiële inhoud van de beslissing (het wat) ontbreekt noodzakelijkerwijs.¹³³ De extreme uitzonderingstoestand vertegenwoordigt hiermee het *mystieke* – het ultieme arbitraire, persoonlijke en subjectieve – moment.¹³⁴

Dit mystieke element in Schmitts filosofie kan begrepen worden door het feit dat hij betoogt dat alle moderne staatsrechtelijke begrippen gesecculariseerde theologische begrippen zijn.¹³⁵ Zoals wordt omschreven door Mike Grimshaw in zijn voorwoord bij het werk *To Carl Schmitt. Letters and Reflections* (2013) van Jacob Taubes, verbant de gesecculariseerde staat de Kerk als autoriteit. In de gesecculariseerde staat, waar nog steeds besloten dient te worden over de uitzonderingstoestand, gebeurt dit zonder te refereren aan God.¹³⁶ De vraag is zelfs of men het belang van de beslissing over de uitzonderingstoestand in een dergelijke staat nog onderkent. Het liberalisme – een ‘ideologie’ in de plaats gekomen voor theologie – wil namelijk juist bij uitstek dit apocalyptische aspect uitbannen. In tegenstelling tot het liberalisme is theologie bij uitstek apocalyptisch. Schmitt probeert door een *Politische Theologie* [politieke theologie] de uitzondering in het seculiere denken terug te brengen. De uitzondering van Schmitt kan volgens Grimshaw dan ook gedefinieerd worden als de analogie van het ‘mirakel’ in de theologie.¹³⁷

3.2.2 De uitzonderingstoestand in het recht

Aangezien de extreme uitzonderingstoestand het funderende moment is van de rechtsorde, betekent dit dat het recht uiteindelijk gebaseerd is op een (ultieme) *beslissing*. Volgens Schmitt herhaalt een dergelijke beslissing zich in iedere rechterlijke beslissing opnieuw. Dit geldt voornamelijk wanneer er sprake is van een beslissing over een niet geregeld geval, of wanneer de wetten geen eenduidige uitleg geven.¹³⁸ Hiermee wordt volgens Schmitt opnieuw het belang van het persoonlijke element in het rechterlijke oordeel duidelijk.¹³⁹

¹³³ Hiermee wordt opnieuw de reden duidelijk waarom Schmitt het normativisme in het recht afwijst.

¹³⁴ ‘Mystiek’ is hier synoniem voor ‘apocalyptisch’ [*apocalyptic*], maar dan letterlijk opgevat in de zin van ‘openbaren’. In de extreme uitzonderingstoestand *openbaart* de rechtsorde zich.

¹³⁵ Schmitt 1996a, p. 8.; Schmitt 2005, p. 36. Dit is echter geen algemeen aangenomen verklaring.

¹³⁶ Grimshaw 2013, p. x.

¹³⁷ Grimshaw 2013, p. xvii. Op dit punt is eveneens overeenstemming te ontdekken met Walter Benjamin, zie hierover De Wilde 2008.

¹³⁸ Schmitt 2016a, p. 8.

¹³⁹ Hier kan worden volstaan met een korte verwijzing naar Schmitt 2005, p. 42 en Schmitt 2016, p. 8. Voor een verdere uitwerking verwijs ik naar §2.2.1.

Echter, er is ook een verschil tussen de ultieme, funderende beslissing van de soeverein en de beslissing van de rechter. De rechter fundeert de rechtsorde niet, hij maakt er deel van uit. Waar de soeverein altijd *boven* de rechtsorde staat, staat de rechter *binnen* de rechtsorde. Dit heeft gevolgen voor zijn competentie en zijn beslissing. Sterker nog, er zou geen rechterlijke competentie bestaan indien de soeverein deze niet zou vestigen.¹⁴⁰ De rechterlijke competentie is aldus altijd een afgeleide competentie. De afleiding van deze competentie toont tegelijkertijd de verwantschap tussen beide beslissingsmomenten. De rechterlijke beslissing – waarin de uitzonderingstoestand zich herhaalt – dient daarom verwant te zijn aan de beslissing over de ultieme uitzonderingstoestand. Met andere woorden, de rechterlijke beslissing dient te raken aan het fundament van deze rechtsorde waar zowel zijn beslissing als hijzelf, als gezegd, deel van uitmaken.

Gesteld kan worden dat het (mystieke) fundament van de rechtsorde – voor zover dit mogelijk is – is neergelegd en uitgewerkt in wetten. Deze wetten, of wettelijke normen, vormen de normale toestand. Waar de ultieme uitzonderingstoestand zorgt voor de vestiging van deze normale toestand, dient de rechter zich aldus te verhouden tot deze normale toestand. Dit maakt dat er in het rechterlijke oordeel altijd een spanning is tussen de *Gesetz* – de wetten als zijnde de normale toestand en het *Urteil* – de (rechterlijke) beslissing, als zijnde de uitzondering.¹⁴¹ Dit geldt des te meer wanneer het gaat om een rechterlijke beslissing over een niet van tevoren geregeld geval, of wanneer het gaat over een rechterlijke beslissing die te maken krijgt met verschillende, elkaar tegensprekende normen.¹⁴²

Op deze verhouding tussen wettelijke normen en de rechterlijke beslissing gaat Schmitt in zijn werk *Gesetz und Urteil* in. Dit werk richt zich, zoals Schmitt zelf schrijft in het voorwoord van oktober 1968, op de verhouding tussen de rechterlijke beslissing en haar *zelfstandige* waarde ten opzichte van de norm. Echter, Schmitt stelt in ditzelfde voorwoord dat deze norm wel de materieelrechtelijke inhoud weergeeft waarop deze beslissing berust.¹⁴³ Hieruit blijkt opnieuw dat de rechterlijke beslissing enerzijds een zelfstandige waarde heeft ten opzichte van de norm, maar anderzijds berust op deze norm. Op deze wederzijdse verhouding zal ik in de volgende subparagraaf ingaan.

¹⁴⁰ De Nederlandse rechterlijke macht wordt gevestigd in artikel 116 Gw. Hierin wordt verwezen naar de ‘wet’ die bijvoorbeeld de gerechten aanwijst die behoren tot de rechterlijke macht (lid 1) of die de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht regelt (lid 2). In Nederland is dit de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).

¹⁴¹ Het woord *Urteil* wordt hier gekozen, omdat dit eveneens de titel is van het werk *Gesetz und Urteil*, waar deze thematiek wordt besproken. Echter, Schmitt spreekt op andere plaatsen in dit werk (en andere werken) eveneens van *Entscheidung* of *Dezision*.

¹⁴² Schmitt 2016a, p. 8.

¹⁴³ Schmitt 2016a, p. VI.

3.2.3 De verhouding tussen de Gesetz en het Urteil in de rechterlijke beslissing

De vraag die centraal staat in het werk *Gesetz und Urteil* is: wanneer is de rechterlijke beslissing juist? Meer specifiek: welk normatief principe ligt aan de rechtspraak ten grondslag?¹⁴⁴ Het gaat hierbij om een funderend principe.¹⁴⁵ Net zoals er bij de notie van soevereiniteit volgens Schmitt altijd gekeken dient te worden naar de praktische relevantie, geldt dit ook in geval van de rechterlijke beslissing – het dient te gaan om een praktische aanwending van het gevonden criterium.¹⁴⁶ Ten eerste beschrijft Schmitt wat de juistheid van de rechterlijke beslissing niet betreft. Volgens hem moet de vraag wanneer juist besloten is bijvoorbeeld niet verward worden met de vraag wanneer juist is geïnterpreteerd.¹⁴⁷

Hij richt zich dan ook tegen de ‘oplossing’ of ‘verklaring’ van de rechterlijke beslissing aan de hand van verschillende interpretatiemethoden.¹⁴⁸ Deze interpretatiemethoden zijn eigenlijk niets anders dan een afwenteling van het moment van de beslissing. Of de rechter nu als *bouche de la loi* wordt voorgesteld¹⁴⁹ of dat er gebruik wordt gemaakt van ficties van ‘de wil van de wet’¹⁵⁰ of de ‘wil van de wetgever’¹⁵¹ – deze verklaringen zeggen niets over de beslissing van de rechter als zodanig. In het verlengde daarvan worden ook de zogenaamde psychologische stromingen in de rechtsfilosofie en rechtswetenschap afgewezen, die ‘voluntaristische momenten’ de doorslag willen laten geven in de rechterlijke beslissing. Een onderzoek naar de ziel van de rechter kan volgens Schmitt geen oordeel geven over de juistheid van de rechterlijke beslissing.¹⁵²

Volgens Schmitt is de overeenkomst tussen al deze verklaringen voor de totstandkoming van de rechterlijke beslissing dat zij zoeken naar “*überpositive*” normen. Het recht dat door de rechter wordt aangewend, krijgt op deze manier van *buitenaf* nieuwe inhoud.¹⁵³ Volgens Schmitt dient dit criterium echter van *binnenuit* – vanuit de rechtspraak zelf – te komen. Hij formuleert dan ook het volgende criterium voor de beoordeling van de rechterlijke beslissing aan het begin van het vierde hoofdstuk, getiteld ‘*die richtung Entscheidung*’:

¹⁴⁴ Schmitt 2016a, pp. 1, 4.

¹⁴⁵ Schmitt 2016a, p. 2.

¹⁴⁶ Schmitt 2016a, p. 2.

¹⁴⁷ Schmitt 2016a, p. 11.

¹⁴⁸ Voorbeelden van interpretatiemethoden in het recht zijn de grammaticale interpretatie en de sociologische interpretatie. Deze worden nog steeds onderwezen aan de universiteit. Zie voor een beschrijving van deze methoden Cliteur & Ellian 2017, pp. 54-57.

¹⁴⁹ Schmitt 2016a, p. 7.

¹⁵⁰ Schmitt 2016a, pp. 21-42.

¹⁵¹ Schmitt 2016a, pp. 44-66.

¹⁵² Schmitt 2016a, pp. 15-17.

¹⁵³ Schmitt 2016a, p. 19.

“Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. ‘Ein anderer Richter’ bedeutet hier den empirischen Types des modernen rechtsgelehrten Juristen.”¹⁵⁴

Schmitt betoogt dat deze formule de rechtszekerheid – die hij beschouwt als een belangrijk postulaat binnen de rechtspraktijk – eveneens ten goede komt.¹⁵⁵ Het belang van de rechtszekerheid duidt eveneens op het belang van de binding aan de wettelijke normen – aan de normale toestand – van de rechter. Schmitt probeert een balans te zoeken tussen het objectieve element in de beslissing – de binding aan de normale toestand – en het subjectieve, persoonlijke element in de beslissing. Hoewel het subjectieve element altijd deel uitmaakt van de beslissing, mag de rechter zijn eigen subjectiviteit niet geheel volgen.¹⁵⁶ Om te voorkomen dat dit gebeurt, dient de rechter zich bezig te houden met de vraag of zijn uitspraak met de werkelijke praktijk overeenstemt. De rechter doet dit door zich af te vragen of een andere rechter deze beslissing eveneens genomen zou hebben.

Nu, wie is deze ‘andere rechter’? Schmitt betoogt dat het gaat om een *empirischer Types des modernen rechtsgelehrten Juristen*. Volgens hem betekent dit de normale, doorsnee rechter¹⁵⁷ – de huidige, geleerde beroepsrechter.¹⁵⁸ De rechter dient bij elke beslissing een onderbouwing te geven. Bij het schrijven van deze onderbouwing dient hij deze huidige, geleerde beroepsrechter als referentiepunt aan te houden. Met andere woorden, hij moet zorgen dat hij deze andere rechter overtuigt.¹⁵⁹ Deze andere rechter is aldus de adressant [*Adressat*] tot wie de rechter die een beslissing neemt zich dient te richten.¹⁶⁰ Volgens Schmitt rechtvaardigt de praktijk zichzelf hiermee, maar is de bereikte juistheid ook niet absoluut.¹⁶¹ Het staat een andere rechter namelijk vrij om af te wijken van het oordeel van een eerdere rechter en een andere beslissing te nemen.

Dat de juistheid niet absoluut is, betekent niet dat de beslissing in zijn geheel niet voorzienbaar en berekenbaar moet zijn.¹⁶² Rechtszekerheid is, zoals gezegd, volgens Schmitt een belangrijk element in de rechtspraktijk. Echter, deze rechtszekerheid kan nooit verworden tot een absoluut criterium, waarbij deze rechtstreeks voortvloeit uit de wet.¹⁶³ Dit zou namelijk de leemte ontkennen, die volgens Schmitt bestaat bij elke te nemen rechterlijke beslissing.¹⁶⁴ Schmitt wijst hier de positivistische opvatting

¹⁵⁴ Schmitt 2016a, p. 68.

¹⁵⁵ Schmitt 2016a, p. 68.

¹⁵⁶ Schmitt 2016a, pp. 75, 99.

¹⁵⁷ Schmitt 2016a, pp. 74-75.

¹⁵⁸ Schmitt 2016a, p. 82.

¹⁵⁹ Schmitt 2016a, pp. 78-79.

¹⁶⁰ Schmitt 2016a, pp. 80-81.

¹⁶¹ Schmitt 2016a, p. 82.

¹⁶² Schmitt 2016a, p. 82.

¹⁶³ Schmitt 2016a, p. 86.

¹⁶⁴ Schmitt 1996a, p. 47; Schmitt 2005, p. 42.

dan ook af. Deze positivistische opvatting kan in verband worden gebracht met het eerder beschreven *Normativismus* – de voorstelling van het oordeel als simpele subsumptie of syllogisme.¹⁶⁵

Anderzijds richt hij zich ook tegen een *natuurrechtelijk* criterium van de overeenstemming van het oordeel met een ideaal of meerdere idealen, bijvoorbeeld het rechtvaardigheidsideaal en/of het gerechtigheidsideaal.¹⁶⁶ Zoals H.L.A. Hart (1907-1992) beschrijft in zijn tekst ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ (1958) gaat het natuurrechtsdenken uit van een scheiding van het recht zoals het is neergelegd in wetten [*law as it is; Sein*] en het recht zoals het zou moeten zijn – het recht als het overeenstemt met bepaalde (morele) idealen [*law as it ought to be; Sollen*].¹⁶⁷ Het recht zou op deze manier overeen dienen te komen met deze idealen. Elke wet die niet overeenstemt met dergelijke idealen, kan niet als recht worden beschouwd.

Waar het positivistische en normativistische denken de norm verabsoluteren, verabsoluteert het natuurrecht een bepaald ideaal. Schmitt betoogt dat hij daarentegen een criterium formuleert dat uit de praktijk voortvloeit. Volgens Schmitt worden hiermee de moeilijkheden wat betreft de verhouding tussen rechter en wetgever opgelost, omdat de rechtspraktijk nu een duidelijk criterium heeft.¹⁶⁸ Dit criterium kan op elke rechterlijke beslissing worden toegepast, zo ook op een politieke beslissing of *contra legem*-beslissing.¹⁶⁹ Een dergelijke beslissing is juist, en daarmee ook toegestaan, wanneer andere rechters deze beslissing ook hadden genomen.¹⁷⁰

Duidelijk is dat Schmitt hier een middenweg probeert te vinden. De beslissing, die logischerwijs altijd een arbitrair karakter heeft, kan niet volledig arbitrair zijn, omdat de rechtszekerheid ook een belangrijk principe is in het recht.¹⁷¹ Anderzijds verwerpt hij ook het ideaal van “welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzamende rechters [die] een welhaast volkomen rechtszekerheid waarborgen”.¹⁷² Om die reden formuleert hij het criterium van ‘de andere rechter’: hij probeert hiermee de subjectiviteit van de beslissing te laten zien, maar geeft eveneens aan dat twee rechters altijd meer weten dan één rechter, en drie meer dan twee, et cetera.¹⁷³ Volledige subjectiviteit wordt dan ook, volgens Schmitt, voorkomen door de wederzijdse controle van een veelheid van rechters. Deze rechters vormen de

¹⁶⁵ Schmitt 2016a, p. 84.

¹⁶⁶ Schmitt 2016a, p. 83.

¹⁶⁷ Hart 1958, p. 594. Zie over dit onderscheid bijvoorbeeld ook Cliteur & Ellian 2017, pp. 6-7.

¹⁶⁸ Schmitt 2016a, p. 99.

¹⁶⁹ *Contra legem* betekent letterlijk ‘tegen de wet’, het is dan ook een beslissing die afwijkt van wettelijke normen.

¹⁷⁰ Schmitt 2016a, p. 107.

¹⁷¹ Ook in de Nederlandse rechtsorde is rechtszekerheid een belangrijk beginsel. Zie hiervoor bijvoorbeeld Stolker 2014, pp. 206-207.

¹⁷² Wiarda 1999, p. 13.

¹⁷³ Schmitt 2016a, p. 71.

adressanten van de beslissing, maar kunnen er ook voor kiezen het oordeel van een eerdere rechter niet te volgen¹⁷⁴ – hiermee wordt opnieuw duidelijk dat dit geen absoluut criterium is.

De vraag is natuurlijk of Schmitt hiermee een bruikbaar alternatief heeft geformuleerd, dat in de rechtspraktijk werkelijk toepasbaar is. Dit kan, om met Schmitt te spreken, slechts bewezen worden wanneer wordt gekeken naar de praktijk zelf. Een dergelijke bespreking van een rechtsgeding (de Urgenda-zaak) zal dan ook centraal staan in het vierde hoofdstuk. Daaraan voorafgaand zal ik eerst in de volgende paragraaf licht schijnen over de verhouding tussen soevereiniteit en recht bij Schmitt.

3.3 Verhouding tussen soevereiniteit en recht

Zoals uit het bovenstaande is gebleken, is de rechterlijke beslissing feitelijk een herhaling van de extreme uitzonderingstoestand in de vorm van een uitzonderingstoestand.¹⁷⁵ Dit maakt duidelijk dat de rechterlijke beslissing altijd gebonden is aan de zogenaamde normale toestand, die wordt gevestigd door de soeverein in de beslissing over de extreme uitzonderingstoestand. De vraag die zich dan aandient, is: hoe verhouden de uitzonderingstoestand en de extreme uitzonderingstoestand zich tot elkaar? Waar ligt het primaat in de rechtsorde volgens Schmitt: bij de soevereiniteit of bij het recht – bij de orde of bij het recht?

Niet voor niets is de bespreking van Schmitt aangevangen met het behandelen van zijn politieke filosofie, waarin soevereiniteit een belangrijke rol speelt. Gesteld kan namelijk worden dat het primaat voor Schmitt bij de soevereiniteit ligt. Zonder deze soevereiniteit, zonder de soevereine beslissing over de extreme uitzonderingstoestand, bestaat er namelijk in de eerste plaats *überhaupt* geen recht. De soeverein fundeert met zijn (ultieme) beslissing over de extreme uitzonderingstoestand de rechtsorde en vestigt de normen die eraan ten grondslag liggen. De soeverein brengt hiermee de normale toestand – die het uitgangspunt vormt voor de rechterlijke beslissing – tot stand.

Hiermee wordt ten eerste al de binding van de rechter aan de normale toestand en het primaat van soevereiniteit (de orde) duidelijk. Daarnaast dienen we echter niet te vergeten dat de normale toestand continu het gevaar loopt opgeschort te worden wanneer de staat wordt bedreigd. De beslissing over *wanneer* deze bedreiging door *wie* vast te stellen is, kan uit de Grondwet volgen – zo was reeds vastgesteld dat dergelijke formele vragen uit het recht kunnen worden afgeleid. Daaruit zou de conclusie getrokken kunnen worden dat soevereiniteit uit de Grondwet – uit het recht – volgt. Dit zou echter onjuist zijn, omdat hiermee noch wordt gekeken naar het *fundament* van deze Grondwet (wie heeft hem tot stand gebracht?), noch naar de materiële inhoud van de uitzonderingstoestand (wat wordt er besloten?). Deze vraag naar de materiële inhoud – het *wat* in de (extreme) uitzonderingstoestand – kan eveneens, zoals eerder uiteengezet, niet uit de Grondwet volgen.

¹⁷⁴ Schmitt 2016a, p. 82.

¹⁷⁵ Schmitt 2016a, p. 8.

Zodoende kan de conclusie worden getrokken dat het primaat volgens Schmitt bij de soevereiniteit ligt, niet bij het recht. Als het primaat zich namelijk bij het recht – of beter gezegd: in het recht – zou bevinden, zou dit feitelijk neerkomen op het door Schmitt afgewezen betoog van Kelsen – het fundament van het recht als zijnde de *Grundnorm*. Schmitt gaat nog een stap verder, zijn filosofie beschouwt de vestiging van deze *Grundnorm*.¹⁷⁶

3.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de vraag opgeworpen in hoeverre het volgens Schmitt noodzakelijk is dat het rechterlijke *Urteil* overeenkomt met de *Gesetz*.

Om deze vraag te beantwoorden, dienen we zowel te raden te gaan bij Schmitts politieke filosofie als zijn rechtsfilosofie. Zoals duidelijk is geworden, hangen beide nauw met elkaar samen. De opvattingen die Schmitt in zijn politieke filosofie ontwikkelt met betrekking tot de soeverein en soevereiniteit, zijn dan ook eveneens van belang voor het tot begrip brengen van zijn rechtsfilosofie. Daarom heb ik het vorige hoofdstuk aangevangen met een bespreking van Schmitts belangrijke, politiek-filosofische notie – *soevereiniteit*. Hierbij zijn ook enkele andere begrippen, als ‘beslissing’, ‘uitzonderingstoestand’, ‘normale toestand’ en ‘beslissing’ aan bod gekomen.

Vervolgens heb ik deze onderwerpen besproken in relatie tot Schmitts rechtsfilosofie. Ik heb duidelijk gemaakt dat de genoemde begrippen in zijn rechtsfilosofische verhandelingen eveneens een belangrijke rol spelen. Schmitts rechtsfilosofie is tweeledig besproken: aan de ene kant is de filosofische betekenis van de genoemde begrippen uiteengezet, aan de andere kant is gekeken naar de praktische relevantie van deze begrippen. Meer specifiek, naar het praktische belang hiervan voor de rechtspraak.

Deze praktische zin bestaat uit het criterium dat Schmitt ontwikkelde voor de rechtspraak en de beoordeling van de juistheid van de rechterlijke beslissing. Dit criterium kan worden omschreven als het criterium van ‘de andere rechter’. Met de bevindingen omtrent dit criterium kom ik tot de beantwoording van de deelvraag. Geconcludeerd kan worden dat het de rechter in principe toegestaan is om in zijn *Urteil* af te wijken van de *Gesetz*. De juistheid van een dergelijke uitspraak wordt vervolgens bepaald door de rechtspraak zelf, namelijk door de vraag of een andere rechter eveneens deze beslissing zou hebben genomen.

De rechter mag aldus ook een politieke beslissing nemen of in zijn beslissing afwijken van wettelijke normen. Echter, wat we altijd in het achterhoofd moeten houden is de verhouding tussen recht en soevereiniteit in Schmitts denkbeelden. In de rechtsorde [recht(s)-orde] loopt het recht altijd het *risico*

¹⁷⁶ De vraag die hier op de achtergrond speelt, is of – en hoe – deze soeverein nog ‘gecontroleerd’ kan worden, of dat hij volledig boven het recht staat. Met het oog hierop kan worden gewezen op de aanhoudende noodtoestand in Frankrijk: wie controleert de juistheid van deze noodtoestand nog? Verwordt deze noodtoestand niet langzamerhand tot een normale toestand? Het strekt hier te ver om op dergelijke vragen in te gaan.

om opgeschort te worden en te wijken voor de orde – waar volgens Schmitt het primaat rust. Dit geldt bijvoorbeeld in tijden van crisis. *Inter arma enim silent leges.*

Hoofdstuk 4: Urgenda en Carl Schmitt

“An identifiable enemy – that is, one is reliable to the point of treachery, and thereby familiar.”

– Jacques Derrida

Aan het einde van het eerste hoofdstuk heb ik gesteld dat er sprake lijkt te zijn van een incongruentie in het denken van de stichting Urgenda en de rechtbank enerzijds en de opvatting van de Staat anderzijds. In dit hoofdstuk zal ik mij nu focussen op deze vermoede incongruentie. Meer specifiek zal ik de volgende deelvraag beantwoorden: *welk licht werpt Schmitts denken op de Urgenda-uitspraak?*

Om deze vraag te beantwoorden, zal ik eerst de filosofie van Thomas Hobbes en John Locke bespreken.¹⁷⁷ Specifiek zal ik ingaan op hun beider opvattingen wat betreft soevereiniteit. Zij trachten soevereiniteit te verklaren door middel van een contract. Ik zal eerst de vraag beantwoorden of er parallellen bestaan tussen dit contract en de opvattingen van de stichting Urgenda in de onderhavige zaak. Vervolgens keer ik terug naar Schmitt: wat zijn de belangrijkste verschillen tussen zijn opvatting van soevereiniteit en het sociaal contract van Hobbes en Locke? Duidelijk zal worden dat het beantwoorden van deze vraag helpt bij het aantonen van de vermoede incongruentie tussen de redeneringen van de Staat enerzijds en Urgenda anderzijds.¹⁷⁸

Ten slotte zal ik aan het eind van dit hoofdstuk ingaan op het eventuele gevaar van Schmitts filosofie. Ik zal dit proberen te weerleggen aan de hand van een alternatieve lezing van Schmitt met behulp van Claude Lefort.¹⁷⁹

4.1 Incongruentie in het denken

Urgenda treedt in het civiele rechtsgeding in eerste aanleg op namens 886 personen. Echter, dit wordt door de rechtbank Den Haag anders opgevat: “Urgenda betoogt dat de Staat geen adequaat klimaatbeleid voert en hiermee in strijd handelt met zijn zorgplicht tegenover haar en degenen die zij vertegenwoordigt en *meer in het algemeen de Nederlandse samenleving*”.¹⁸⁰ Uit de zinsnede ‘meer in het algemeen de

¹⁷⁷ Gekozen is voor Hobbes en Locke aangezien zij de eerste en bekendste sociaal contract-denkers zijn. Zie hiervoor Hyams 2015, p. 10. Dit geldt eveneens voor Rousseau, omwille van de gebrekkige omvang van deze scriptie wordt hij echter buiten beschouwing gelaten.

¹⁷⁸ Hierbij dient opgemerkt te worden dat Schmitt het niet eens zou zijn geweest met bepaalde uitgangspunten van de Nederlandse democratische rechtsstaat. Het strekt te ver om hier uitgebreid op in te gaan, ik verwijs daarom slechts naar hoofdstuk 2 waar onder andere Schmitts democratieopvatting uiteen is gezet.

¹⁷⁹ Gekozen is voor een bespreking van Claude Lefort. Echter, ook andere filosofen zouden ter illustratie kunnen dienen, zoals Baruch de Spinoza, Leo Strauss en Walter Benjamin. Vanwege de beperkte omvang van deze scriptie is gekozen voor een (uitgebreidere) bespreking van een van deze denkers.

¹⁸⁰ Mijn cursivering. Rb. Den Haag, 24 juni 2015 (*Urgenda*) r.o. 3.3, 4.1.

Nederlandse samenleving' blijkt dat de vertegenwoordiging van de stichting ruimer wordt opgevat. Het gaat volgens de rechtbank niet om de vertegenwoordiging van 886 personen, maar om de vertegenwoordiging van de Nederlandse samenleving in het algemeen. In het vervolg zal ik uitgaan van de juistheid van deze bewering van de rechtbank Den Haag en aannemen dat de vertegenwoordiging van de stichting Urgenda de gehele Nederlandse samenleving betreft.

De vertegenwoordiging van de Nederlandse samenleving wijst op het al in hoofdstuk 1 genoemde *contract* waar Urgenda vanuit lijkt te gaan. Zij gaat uit van een (denkbeeldig) contract waarin bepaalde rechten zijn neergelegd die de Staat dient te garanderen voor zijn burgers. Indien de Staat deze verplichtingen niet nakomt, hebben de burgers het recht om de Staat hierop aan te spreken. Dit blijkt uit het beroep van Urgenda op artikel 21 Gw: “de zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu”.¹⁸¹ Uit het beroep op dit artikel en de redenering van Urgenda – er wordt gesteld dat “de Staat als soevereine macht de emissies kan beheersen, controleren en reguleren”¹⁸² – blijkt dat Urgenda de Staat aanspreekt op het niet nakomen van zijn *zorgplicht*. Hieruit blijkt de opvatting van het contract met de Staat waarin de burgers wordt gegarandeerd dat de bewoonbaarheid van het land en de bescherming van het leefmilieu wordt gewaarborgd.

De rechtbank gaat mee met de redenering van Urgenda. Dit blijkt ten eerste uit de veroordeling van de Staat, waarin het inadequate karakter van het gevoerde klimaatbeleid van de Staat wordt erkend. Hiermee erkent de rechtbank feitelijk de zorgplicht – die aan de basis ligt van de contractuele verplichting – van de Staat tot het voeren van een adequaat klimaatbeleid jegens de Nederlandse samenleving. De rechtbank is eveneens van mening dat het aan de burgers is nakoming van dit contract af te kunnen dwingen, dit is volgens haar inherent aan een rechtstaat. “De taak om rechtsbescherming te bieden tegen overheden, zoals de Staat, behoort bij uitstek tot het domein van de rechter.”¹⁸³

De Staat houdt er een andere benadering op na. Hij erkent enerzijds de noodzaak van het voeren van een adequaat klimaatbeleid,¹⁸⁴ maar lijkt zich er anderzijds niet in te kunnen vinden dat er volgens Urgenda een afdwingbare (contractuele) verplichting bestaat.¹⁸⁵ Dit blijkt ten eerste uit het beroep van de Staat op artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek. In lid 1 van dit artikel is neergelegd dat “tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van het gerechtigde, veroordeeld.” Kortom, alleen als iemand verplicht is een ander iets te geven, en deze persoon komt deze verplichting vervolgens niet na, wordt hij daartoe door de rechter veroordeeld. Door

¹⁸¹ De rechtbank Den Haag citeert de tekst van dit artikel in r.o. 2.69.

¹⁸² Rb. Den Haag, 24 juni 2015 (*Urgenda*) r.o. 3.2.

¹⁸³ Rb. Den Haag, 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 4.97.

¹⁸⁴ Rb. Den Haag, 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.3.

¹⁸⁵ Rb. Den Haag, 24 juni 2015 (*Urgenda*), r.o. 3.3.

zich op dit artikel te beroepen stelt de Staat feitelijk dat zij wat betreft het te voeren klimaatbeleid niets verplicht is jegens de Nederlandse samenleving. Met andere woorden, de Staat stelt dat er geen contractuele – of andere – verplichting bestaat die de Staat dient na te komen jegens de Nederlandse samenleving wat betreft het klimaatbeleid.

Eveneens lijkt de Staat zijn positie en bevoegdheid binnen de *trias politica* anders op te vatten. Hij stelt dat de vordering van Urgenda zijn beleidsvrijheid doorkruist.¹⁸⁶ Met andere woorden, de Staat beschouwt het als zijn soevereine taak om een klimaatbeleid vast te stellen. Daarnaast stelt hij dat zijn onderhandelingspositie in de internationale politiek wordt geschaad.¹⁸⁷ Dit blijkt eveneens uit zijn verklaring omtrent het instellen van hoger beroep: “nationaal zijn de kamer en het kabinet aan zet om het klimaatbeleid te formuleren. Dat is logisch, want de discussie moet gevoerd worden waar die gevoerd moet worden. Dat is hier de politieke agenda. Door het vonnis in de zaak die door Urgenda is aangespannen, verschuift die discussie naar de rechtszaal”.¹⁸⁸

Op grond van het bovenstaande mogen we dan ook concluderen dat er een incongruentie bestaat tussen de opvatting van Urgenda enerzijds en de Staat anderzijds. In de volgende paragrafen zal ik deze incongruentie toelichten aan de hand van de opvattingen van Thomas Hobbes (1588-1679) en John Locke (1632-1704) enerzijds en Schmitt anderzijds.

4.2 Sociaal Contract

In de vorige paragraaf heb ik gesteld dat Urgenda zich beroept op een (denkbeeldig) contract dat de burgers met de Staat hebben gesloten. De rechtbank Den Haag sluit zich aan bij deze opvatting. In het verlengde hiervan rijst de volgende vraag: wat voor soort contract is dit? Dit zal ik in deze paragraaf bespreken in relatie tot het sociaal contract-denken.

Het sociaal contract-denken probeert de Staat te legitimeren door een contract. In dit denken staan aldus twee zaken centraal: de soevereiniteit van de Staat en de legitimatie van deze soevereiniteit – het contract. In het vervolg zal dit tweede aspect – de verklaring van de soevereiniteit middels een contract – centraal staan.¹⁸⁹ Dit contract is een (denkbeeldig) contract tussen burgers en Staat, zoals ook Urgenda zich hierop lijkt te beroepen.

Het sociaal contract-denken vinden we over het algemeen bij Verlichtingsfilosofen, zoals Hobbes en Locke.¹⁹⁰ De *Leviathan* (1651) vormt de basis van Hobbes’ sociaal contract. Hobbes beschrijft in dit werk de overgang van de mens uit de *natuurtoestand* naar de *civil society*. De

¹⁸⁶ Rb. Den Haag, 24 juni 2015, r.o. 3.3.

¹⁸⁷ Rb. Den Haag 24 juni 2015, r.o. 3.3.

¹⁸⁸ Handelingen Tweede Kamer 2015/16, nr. 16, item 4, 6417-6418.

¹⁸⁹ De kritiek van Schmitt op dit denken, zoals deze vanaf §4.2.1 wordt besproken, heeft dan ook betrekking op dit specifieke aspect in het sociaal contract-denken.

¹⁹⁰ Hyams 2015, p. 10.

natuurtoestand is de pre-statelijke toestand – de toestand waarin de mens leeft voordat er een staat is. Hobbes gaat ervan uit dat iedereen van nature min of meer gelijk is, zowel mentaal als fysiek. Daarnaast hebben mensen volgens Hobbes de natuurlijke neiging tot zelfbehoud. Op basis van deze combinatie van gelijkheid en de neiging tot zelfbehoud concludeert Hobbes dat de natuurtoestand een oorlog van *allen tegen allen is*.¹⁹¹ Aangezien iedereen gelijk is, heeft niemand genoeg macht om alle anderen te domineren.¹⁹² Dit maakt volgens Hobbes dat de natuurtoestand niet vanzelf ten einde komt.

Hobbes betoogt echter ook dat het in ons rationele eigenbelang is om deze oorlog van allen tegen allen te beëindigen.¹⁹³ Deze beëindiging van de natuurtoestand legitimeert volgens Hobbes dan ook het bestaan van de Staat. De Staat moet namelijk, volgens Hobbes, het recht op geweld voortaan namens de mensen uitoefenen en brengt hiermee de natuurtoestand ten einde. De burgers sluiten een contract, waarin zij afstand doen van het recht op geweld en zij dit recht voortaan aan de Staat toevertrouwen. Hiermee maakt de Staat het mogelijk dat de oorlog van allen tegen allen ten einde komt.¹⁹⁴ Met het sluiten van het contract en hiermee de vestiging van de Staat eindigt de natuurtoestand; de *civil society* is geboren: de mens leeft voortaan onder een overheid.

De beschreven beëindiging van de natuurtoestand is voor Hobbes zo essentieel, dat hij de Staat een belangrijke positie toekent. Hij beschrijft deze als de almachtige Leviathan. De almacht van deze Leviathan, de Staat, wordt verklaard aan de hand van de natuurtoestand. Enerzijds brengt de Staat deze ten einde, anderzijds dient de Staat almachtig te zijn zodat de mens in de toekomst niet opnieuw vervalt in de natuurtoestand, alwaar het leven “*solitary, poor, nasty, brutish, and short*”¹⁹⁵ is. Dit rechtvaardigt volgens Hobbes dat het afstaan van de eigen soevereiniteit een *vrijwel absolute* afstand impliceert. De enige uitzondering hierop wordt gevormd door zelfbehoud. Als de Staat hier inbreuk op maakt, mag de mens zich volgens Hobbes onttrekken aan het gezag van de Staat.¹⁹⁶

Deze vrijwel absolute afstand van soevereiniteit wordt niet betoogd door Locke, wiens theorie over de legitimatie van de Staat een basis vindt in zijn werk *Two Treatises of Government* (1689). Locke beschrijft de natuurtoestand als een toestand waarin het recht op eigendom (nog) niet bestaat. Zoals hierboven beschreven, gaat Hobbes uit van de natuurlijke slechtheid van de mens en een natuurtoestand waarin de dreiging van geweld altijd aanwezig is. Volgens Locke is de mens echter van nature noch slecht, noch goed.¹⁹⁷ Locke beschrijft de natuurtoestand als een vredige toestand, waarin men gezamenlijk leeft op de aarde, die hij beschouwt als het *gezamenlijke* eigendom van de mens, want de

¹⁹¹ Hobbes 2011, p. 89.

¹⁹² Hobbes 2011, pp. 86, 87.

¹⁹³ Hobbes 2011, p. 117.

¹⁹⁴ Hobbes 2011, p. 121.

¹⁹⁵ Hobbes 2011, p. 89.

¹⁹⁶ Hobbes 2011, p. 151-154.

¹⁹⁷ Locke 1988, p. 270.

aarde is hem gegeven door God.¹⁹⁸ Echter, dit gezamenlijke eigendom eindigt zodra iemand land bewerkt. Door het bewerken wordt aan het land waarde toegevoegd. Deze waardevermeerdering maakt dat de bewerker van het land een legitieme claim verkrijgt op dat specifieke stuk land. Met andere woorden, het stuk land wordt zijn (private) *eigendom*.¹⁹⁹ Dit impliceert dat het gezamenlijke eigendom tegelijkertijd – met de vestiging van het private eigendom – ten einde komt. Dit leidt volgens Locke tot conflicten. Om deze conflicten te beëindigen, dient er een Staat tot stand te komen. Net als Hobbes betoogt ook Locke dat de burgers hierop een contract dienen te sluiten. Waar Hobbes' contract het recht op geweld institutionaliseert, institutionaliseert Lockes contract het recht op eigendom en straf.²⁰⁰ Hiermee worden aldus de conflicten tussen individuen, veroorzaakt door het tot stand komen van eigendom, opgelost.

Voor Locke is de afstand van bepaalde rechten met de vestiging van een contract echter geen vrijwel absolute afstand, zoals bij Hobbes het geval is. Lockes sociaal contract impliceert een *tijdelijke* of *voorlopige* afstand van rechten. Jean Hampton (1954-1996) beschrijft Lockes sociaal contract in 'The failure of Hobbes's Social Contract Argument' (1987) dan ook als een '*agency type*'-contract. De burger *leent* zijn rechten aan de staat, in plaats van dat hij deze permanent afstaat. Dit betekent dat de burger zijn rechten kan opeisen indien de Staat deze niet beschermt.²⁰¹

4.2.1 Locke en Urgenda

Dit '*agency*-karakter' van Lockes sociaal contract maakt dat er een duidelijke gelijkenis bestaat met de redenering van de stichting Urgenda en de rechtbank Den Haag in de Urgenda-zaak. In plaats van dat de Staat vrijwel absolute soevereiniteit wordt toegekend – zoals met de vestiging van Hobbes' sociaal contract – is de rechter er om rechtsbescherming te bieden *tegen* de Staat.²⁰² Met andere woorden, de rechter ziet erop toe of de Staat – overheidsorganen – geen misbruik maakt van hun bevoegdheden. Indien dit het geval is, dan kan de Staat ter verantwoording worden geroepen door de burgers. In dit geval stelt Urgenda, zoals gezegd, dat er sprake is van een *zorgplicht* (neergelegd in artikel 21 Gw). Deze zorgplicht impliceert in dit geval het voeren van een adequaat klimaatbeleid. De burgers hebben, met andere woorden, het recht op het voeren van een klimaatbeleid uitgeleend aan de Staat. Indien de Staat deze belofte niet nakomt, kunnen de burgers hun recht opeisen. Dit duidt op de opvatting van het '*agency type*'-contract, zoals dit door Hampton aan Locke wordt toegeschreven.

De Staat lijkt het niet eens met de redenering van het *agency type*-contract in dit geval. Hij onderkent de verplichting tot het voeren van een adequaat klimaatbeleid, dus hij onderkent enerzijds de

¹⁹⁸ Locke 1988, p. 286.

¹⁹⁹ Locke 1988, pp. 287-289, 295-299.

²⁰⁰ Locke 1988, p. 324.

²⁰¹ Hampton 1999, pp. 49-51.

²⁰² Rb. Den Haag 24 juni 2015, r.o. 4.97.

verplichting jegens de burgers om een gezond leefklimaat te bevorderen.²⁰³ Anderzijds erkent hij de noodzaak tot het afdwingen hiervan door de burgers niet, zeker niet het afdwingen via de rechterlijke macht. Volgens de Staat schaaft dit zijn soevereiniteit binnen de *trias politica* en zijn onderhandelingspositie in de internationale politiek.²⁰⁴ In de beslissing tot hoger beroep van de Tweede Kamer wordt eveneens gesteld dat de discussie over het te voeren klimaatbeleid in het parlement moet plaatsvinden en zich niet naar de rechtszaal dient te verplaatsen.²⁰⁵

Aldus kan geconcludeerd worden dat de redeneringen van de stichting Urgenda en de burgers die zij vertegenwoordigt, en die van de Staat uiteenlopen. Kan Schmitt ons helpen om meer licht te werpen op de incongruentie tussen beide redeneringen, en wellicht een oplossing te bieden? Deze vragen zullen centraal staan in de volgende paragraaf.

4.3 Schmitts oplossing

In de vorige paragraaf is besproken hoe de contracttheorieën van Hobbes en Locke het stichtingsmoment van de Staat pogen te verklaren middels een (denkbeeldig) contract. In feite komt het erop neer dat beiden stellen dat het bestaan van de Staat enerzijds *legitiem* is, omdat de Staat een bepaald doel dient. Dit doel bestaat bij Hobbes uit het beëindigen van de oorlog van allen tegen allen en bij Locke uit het beëindigen van conflicten, veroorzaakt door privaat eigendom. Anderzijds is het stichtingsmoment *illegaal*; de Staat bestond immers nog niet voor het sluiten van het contract. De beslissingen die na het sluiten van het contract volgen, zijn daarentegen wel *legaal* – zij berusten immers op dit contract.

Schmitt zal het gedeeltelijk eens zijn met bovenstaande. Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, is het stichtingsmoment van de Staat volgens Schmitt namelijk eveneens *illegaal*.

Op het moment dat de Staat wordt gevestigd, met de beslissing over de ultieme uitzonderingstoestand, is er namelijk nog geen rechtsorde waar deze beslissing op gebaseerd is. De soeverein vestigt met deze ultieme beslissing juist deze rechtsorde. Hieruit laat de frase dat de beslissing, normatief gezien, uit het niets wordt geboren²⁰⁶ zich verklaren. Echter, dit geldt voor Schmitt niet alleen voor wat betreft de beslissing over de ultieme uitzonderingstoestand, maar voor *iedere* beslissing.

Waar voor Hobbes en Locke de beslissingen die volgen op het gesloten contract legaal zijn, herhaalt een moment van illegaliteit zich volgens Schmitt in iedere beslissing opnieuw. Een beslissing kan nooit worden afgeleid uit een simpele subsumptie van feiten onder de norm, maar is altijd een *persoonlijke, soevereine* beslissing, genomen door een enkeling. Hiermee komt, zoals gesteld, de subjectieve dimensie in het recht aan het licht. Schmitt zal betogen dat de contracttheorieën van Hobbes en Locke proberen de uitzondering *binnen* de normale rechtsorde te plaatsen. Dit ontkent het bijzondere

²⁰³ Rb. Den Haag 24 juni 2015, r.o. 3.3.

²⁰⁴ Rb. Den Haag 24 juni 2015, r.o. 3.3.

²⁰⁵ Handelingen Tweede Kamer 2015/16, nr. 16, item 4, 6417-6418.

²⁰⁶ Schmitt 1996a, p. 47; Schmitt 2005, p. 42.

karakter van de uitzondering. Zoals in de vorige hoofdstukken uiteen is gezet, is deze uitzondering voor Schmitt fundamenteel voor de totstandkoming van de rechtsorde – de normale toestand. Zonder uitzondering(stoestand) is het überhaupt onmogelijk om de normale toestand tot stand te brengen.

Schmitt richt zich dan ook fel tegen de gebruikelijke soevereiniteitsopvattingen – “eindeloos herhaalde en lege begrippen”.²⁰⁷ Deze ontkennen namelijk het soevereine moment ofwel het machtsmoment in het recht. Zoals De Wit stelt: “[...] is men aan de gelding van rechtsnormen in een rechtsstaat gewend, dan lijkt soevereiniteit een slecht historisch interessante categorie of een zinloze abstractie”.²⁰⁸ Deze zinloze abstractie zien we in de soevereiniteitsopvatting van Locke, die ook door Urgenda lijkt te worden verdedigd. Schmitt zou betogen dat Locke – en hiermee Urgenda en de rechtbank Den Haag die hem volgen – feitelijk de soevereiniteit van de Staat probeert te ontkennen, omdat de burgers op elk moment hun rechten kunnen terugvragen. Op deze manier is soevereiniteit aldus afgeleide soevereiniteit. Deze afgeleide soevereiniteit verwordt tot een objectief criterium waaraan kan worden getoetst: behartigt de Staat mijn rechten op de juiste manier? Volgens Schmitt kan soevereiniteit echter nooit een objectief te toetsen criterium zijn; soevereiniteit is altijd *subjectief* – een machtsuitoefening, waarbij een enkeling een beslissing dient te nemen die feitelijk uit een niets wordt geboren.

Gesteld kan dan ook worden dat Schmitt het waarschijnlijk eens zou zijn met de opvatting van de Staat wanneer hij stelt dat de bevoegdheid tot het vaststellen van een klimaatbeleid onder zijn soevereine beslissingsmacht valt.²⁰⁹ De voor Schmitt zo belangrijke uitzonderingstoestand doet zich voor indien het voortbestaan van de Staat bedreigd wordt,²¹⁰ bijvoorbeeld in perioden van ernstige economische of politieke onrust.²¹¹ Schmitt zou hier betogen dat het klimaatprobleem een probleem is dat in de toekomst kan leiden tot ernstige politieke onrust en dat dit desbetreffend een zaak is van politieke besluitvorming.²¹² Het feit dat de stichting Urgenda en de rechtbank zich hier beroepen op een ‘contract’ zal voor Schmitt een loze fictie zijn. De soevereiniteitsuitoefening is nooit gebaseerd op een (legaal) contract, maar vertegenwoordigt het ultieme illegale moment binnen het recht.

²⁰⁷ Schmitt 1996a, p. 19; Schmitt 2005, p. 13.

²⁰⁸ De Wit 1992, p. 28.

²⁰⁹ Hoewel de Nederlandse overheid dit stelt, lijkt zij zich *de facto* weinig bewust van haar soevereiniteit. Bovendien wentelt zij de beslissingsmacht af naar het parlement.

²¹⁰ Schmitt 2015, p. 169; Schmitt 2016b, p. 149.

²¹¹ Dit is opgenomen in een voetnoot van de vertaler George Schwab in de Engelse vertaling van *Politische Theologie* [*Political Theology*]. Zie hiervoor Schmitt 2005, p. 5.

²¹² Het zou in de toekomst wellicht kunnen leiden tot een noodzakelijke beslissing over de extreme uitzonderingstoestand.

4.4 Schmitts denkbeelden kritisch beschouwd

Geconcludeerd kan worden dat het bestuderen van Schmitt nuttig kan zijn voor het onderzoeken van het belang van soevereiniteit binnen het recht en binnen de Staat. Hij toont dat het soevereine machtselement, dat in zowel het rechtelijke als het politieke domein duidelijk aanwezig is, niet ontkend of gebagatelliseerd dient te worden. Met andere woorden, Schmitt laat zien dat er altijd een *subjectief* moment van macht en soevereiniteit in het recht zal bestaan. Dergelijke denkbeelden worden vaak als gevaarlijk beschouwd. Hierbij wordt dan gewezen op de geschiedenis die het gevaar van Schmitts opvattingen – of het gevaar dat erin gelegen *kan* zijn – heeft geïllustreerd.²¹³ De vraag die rijst, is de volgende: kan deze dimensie van soevereiniteit en macht in het recht worden erkend, zonder dat deze wordt verabsoluteerd, met alle mogelijke gevolgen van dien?

Om deze vraag te beantwoorden, kan verwezen worden naar de Franse filosoof Claude Lefort (1924-2010). Lefort beschrijft in verscheidene essays – vertaald en gebundeld in het Nederlandse boek *Wat is politiek?* (2016)²¹⁴ – de verhouding tussen democratie en totalitarisme.²¹⁵ Hij erkent enerzijds het belang van soevereiniteit, maar stelt anderzijds dat deze soevereiniteit een symbolische, *lege plaats* is.²¹⁶ Deze symbolische, lege plaats is volgens Paul Frissen echter “juist een principiële bevestiging van de onontkoombaarheid van het politieke”.²¹⁷ Hieruit blijkt dat Lefort de plek van de macht erkent, maar tegelijkertijd wil voorkomen dat deze definitief bezet wordt.²¹⁸ Indien de macht wel definitief wordt bezet – indien de symbolische leegte verdwijnt – vervalt democratie in totalitarisme. Voorbeelden hiervan zijn Hitler en Mussolini die de democratie gebruikten om haar vervolgens af te schaffen.²¹⁹

Lefort identificeert de Franse Revolutie als het begin van de moderniteit. Hij beschrijft dat de plaats van de macht, na de onthoofding van Lodewijk XVI, definitief een *lege plaats* werd.²²⁰ Met de onthoofding stierven feitelijk twee lichamen: het vleselijke lichaam van de koning, maar ook de symbolische belichaming van de eenheid van het koninkrijk en Gods transcendente orde.²²¹ De monarchie werd ingeruild voor democratie. Democratie is volgens Lefort een systeem dat een einde maakt aan zekerheid en orde in de wereld, waardoor altijd de roep om een sterke leider die opnieuw

²¹³ Hiermee wordt logischerwijs vooral de democratische machtsovername van de nazi's in 1933 bedoeld, waarna Schmitt voor korte tijd de ‘kroonjurist van het Derde Rijk’ werd.

²¹⁴ Dit is een essaybundel die de belangrijkste essays van Lefort bevat over democratie en rechtsstaat. De meeste verschenen in originele vorm tussen 1980 en 1985.

²¹⁵ Lefort 2016, p. 82, Frissen 2016, p. 9.

²¹⁶ Lefort 2016, p. 49, 71, 95. Zie hiervoor ook Frissen 2007, p. 289.

²¹⁷ Frissen 2016, p. 7.

²¹⁸ Lefort 2016, pp. 71, 87, Frissen 2016, p. 10

²¹⁹ Lefort 2016, p. 54, Van de Wiel & Verheijen 2016, p. 12.

²²⁰ Lefort 2016, pp. 49, 57, 94.

²²¹ Lefort 2016, pp. 47, 48, 51, Van de Wiel & Verheijen 2016, p. 17.

zekerheid brengt, dreigt.²²² Deze roep om een sterke leider hangt samen met het verlangen naar het ‘ene volk’, ‘één enkele klasse’ en een belichaamde macht die in staat is de verdeeldheid in de samenleving op te heffen.²²³

Op deze manier zijn democratie en totalitarisme elkaars keerzijden. Totalitarisme belichaamt een nieuwe zekerheid. Echter, deze zekerheid is niet meer transcendent, zoals het geval was voor de moderniteit, maar immanent – zij wordt gezocht *in* de samenleving zelf.²²⁴ Democratie brengt verdeeldheid en onbepaaldheid, de totalitaire staat wil afrekenen met deze verdeeldheid en onbepaaldheid. Met andere woorden, de totalitaire staat poogt af te rekenen met de interne vijanden van de samenleving. Een vijandsbeeld is dan ook een belangrijk onderdeel van het politieke programma van totalitarisme.²²⁵

Op het eerste gezicht lijken er belangrijke parallellen te bestaan tussen totalitarisme en het denken van Schmitt. Zeker wat betreft het vijandbeeld, dat bij Schmitt een essentieel onderdeel van het politieke is.²²⁶ Echter, Lefort toont wat de *extreme* uiting van een dergelijk denken is, namelijk het verval in totalitarisme. Een meer gematigde lezing van Schmitt, zoals die bijvoorbeeld door Jacques Derrida (1930-2004) in *Politiques de l’amitié* (1994) wordt geboden, maakt duidelijk dat een bepaald beeld van de vijand eveneens noodzakelijk is om de eigen identiteit tot stand te brengen.²²⁷ In dit opzicht maakt Mike Grimshaws lezing van Schmitt duidelijk dat het vernietigen van de vijand uiteindelijk ook leidt tot het vernietigen van de eigen identiteit: “[...] the reminder that to destroy the one who defines you [the enemy] is, in the end, to destroy oneself or, at the very least, to lose one’s self-identity”.²²⁸

Schmitts denken laat zien dat er altijd een bepaald onderscheid noodzakelijk is, of dit nu het onderscheid is tussen vijand en vijand (zowel intern als extern), of het onderscheid tussen normale toestand en uitzonderingstoestand. Deze onderscheidingen zijn noodzakelijk voor het vormen van een (politieke) identiteit. Zij maken duidelijk dat er altijd een moment van beslissing – van macht en soevereiniteit – in het recht te vinden is. Schmitt richt zich daarom onophoudelijk tegen liberale theorieën – zoals ook die van het sociaal contract van Locke – die proberen een dergelijk onderscheid te vernietigen. De vernietiging van de vijand, de consequentie van totalitaire systemen waaraan Schmitt vaak wordt verbonden, is volgens hem dus *juist* gevaarlijk. Met Derrida en Grimshaw wordt nog eens extra duidelijk waarom: het vernietigen van onderscheid leidt uiteindelijk tot de vernietiging van de

²²² Lefort 2016, pp. 51, 73, 98.

²²³ Lefort 2016, pp. 40-41, 69, 88, 99, Van de Wiel & Verheijen 2016, p. 19.

²²⁴ Lefort 2016, p. 41, 95, Van de Wiel & Verheijen 2016, p. 20.

²²⁵ Lefort 2016, p. 74, 89, Van de Wiel & Verheijen 2016, p. 21.

²²⁶ Zie hiervoor ook Frissen 2007, pp. 258-259 en Frissen 2013, p. 115 e.v.

²²⁷ Zie bijvoorbeeld Derrida 2015, p. 83 e.v. “[...] losing the enemy would not necessary be progress, reconciliation, or the opening of an era of peace and human fraternity.”

²²⁸ Grimshaw 2013, p. XV.

eigen identiteit. Hiermee wordt het onmogelijk om nog langer een normale toestand, een rechtsorde, te funderen. Hier sluit Lefort bij aan, het opheffen van ieder onderscheid – de eliminatie van de vijand – is volgens hem een essentieel onderdeel van totalitarisme.

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de vraag opgeworpen welk licht Schmitts denken op de Urgenda-uitspraak werpt. De stichting Urgenda lijkt uit te gaan van een contract dat de Nederlandse samenleving met de Staat heeft gesloten. Zoals ik heb getoond, zijn er parallellen te trekken tussen deze opvatting van Urgenda en de liberale contracttheorie van Locke. De Staat betoogt daarentegen dat hij in dezen geen (contractuele) verplichting heeft jegens de Nederlandse burgers. De Staat beschouwt het als zijn soevereine bevoegdheid een klimaatbeleid tot stand te brengen. Daarnaast beroept hij zich op zijn verantwoordelijkheid wat betreft haar onderhandelingspositie binnen de internationale rechtsorde.

Schmitts filosofie is, zoals gebleken, bijzonder geschikt om deze incongruentie te tonen. Dit hangt samen met zijn kritiek op het liberalisme. Het liberalisme ontkent volgens hem het subjectieve moment in het recht, het moment van macht en soevereiniteit in het recht. Het ontkent hiermee de waarde van de beslissing, een beslissing die enerzijds het recht fundeert, anderzijds dit fundament herhaalt in iedere beslissing. Een politieke dimensie – een subjectief moment van macht – is dus niet slechts een kenmerk van meer controversiële uitspraken, zoals die in de Urgenda-zaak, maar feitelijk een element van iedere (rechterlijke) beslissing.

Conclusie

“Dat het inderdaad zo zou kunnen zijn dat rechters ‘politieke beslissingen’ nemen [...] komt kennelijk bij de rechtsgeleerden niet op.”

– Jelte Wiersma (*Elsevier*)

In deze scriptie heb ik de vraag opgeworpen in hoeverre het de rechter is toegestaan een zogenaamde ‘politieke beslissing’ te nemen volgens Carl Schmitt. Om deze vraag te beantwoorden, heeft de uitspraak in de Urgenda-zaak van de rechtbank Den Haag als uitgangspunt gediend.

In hoofdstuk 1 stond deze Urgenda-zaak centraal. Ik heb in dit hoofdstuk de volgende deelvraag beantwoord: *op welke gronden beroepen de stichting Urgenda enerzijds en de Staat anderzijds zich in het proces?* Ik heb betoogd dat er sprake lijkt van een incongruentie tussen het denken van beide partijen. De stichting Urgenda lijkt de relatie tussen de Staat en de burgers op te vatten als een (denkbeeldig) contract, terwijl de Staat zich beroept op zijn soevereiniteit.

Vervolgens heb ik deze incongruentie geprobeerd te illustreren door middel van een beschouwing van zowel de politiek-filosofische als de rechtsfilosofische opvattingen van Carl Schmitt. Deze opvattingen stonden centraal in het tweede en derde hoofdstuk. In hoofdstuk 2 heb ik de volgende deelvraag beantwoord: *in hoeverre hangen recht en soevereiniteit volgens Schmitt samen?* Ik heb besproken dat de normale toestand volgens Schmitt geldt als basis voor de rechtsorde. Deze normale toestand komt tot stand na de ultieme beslissing over de extreme uitzonderingstoestand. Degene die deze ultieme beslissing neemt, is de soeverein volgens Schmitt. Ik heb betoogd dat deze innige relatie tussen de normale toestand en de uitzonderingstoestand het belang van soevereiniteit voor het recht duidelijk maakt.

In hoofdstuk 3 stond de volgende deelvraag centraal: *in hoeverre is het volgens Schmitt noodzakelijk dat het rechterlijk Urteil [oordeel] overeenkomt met de Gesetz [wet]?* Volgens Schmitt is het de rechter in principe toegestaan om in zijn *Urteil* af te wijken van de *Gesetz*. De vraag of deze beslissing de juiste is, dient volgens Schmitt beantwoord te worden aan de hand van het criterium van ‘de andere rechter’. Met andere woorden, de juistheid van een rechterlijke uitspraak wordt bepaald door de rechtspraktijk zelf.

Uit hoofdstuk 2 en 3 is tevens gebleken dat Schmitt in zijn filosofie het belang toont van een *soeverein, subjectief* moment in het recht. Dit subjectieve moment komt het sterkst naar voren in de beslissing van de soeverein over de ultieme uitzonderingstoestand – een moment dat de rechtsorde tot stand brengt; een moment dat de rechtsorde fundeert. Dit subjectieve moment herhaalt zich in iedere (rechterlijke) beslissing, deze beslissingen bevestigen enerzijds het fundament van de rechtsorde en vinden haar anderzijds gedeeltelijk opnieuw uit. Iedere beslissing is hiermee feitelijk een herhaling van het stichtingsmoment van de rechtsorde. Het is een beslissing over een uitzonderingstoestand, waarmee

de beslissing over de ultieme uitzonderingstoestand zich herhaalt. Deze beslissing is niet gebaseerd op een van tevoren vastliggend fundament van wettelijke regels, maar wordt ‘uit het niets geboren’.

Dit laatste aspect is belangrijk wat betreft de opvattingen van Schmitt. Hij toont aan dat de funderende beslissing, die ten grondslag ligt aan de rechtsorde, een *illegitieme* en *illegale* beslissing is. Het is een moment waarin de soeverein zich in de meest zuivere vorm laat zien. Een moment dat aantoonde dat hoe we ook proberen dit vestigingsmoment binnen het recht of de rechtsorde te halen, dit altijd een gestrande poging zal inhouden. Hoe graag we ook zekerheid willen verkrijgen over de beslissing – in het recht is rechtszekerheid immers een belangrijk vereiste – deze zekerheid kan nooit absoluut zijn.

Hiermee hangt Schmitts kritiek op het normativisme in het recht, zoals dit bijvoorbeeld wordt vertegenwoordigd door Hans Kelsen, direct samen. Normativistische theorieën proberen de uitzondering *binnen* de rechtsorde te trekken, als zijnde een beslissing die zich eenvoudig laat subsumeren onder een (verabsoluteerde) norm. Hiermee wordt de beslissing over de uitzondering legitiem, maar vooral ook legaal.

Dit gebeurt eveneens onder invloed van het liberalisme, een andere stroming waar Schmitt zich fel tegen keert. Het liberalisme poogt al het mogelijke onderscheid te vernietigen. Voor Schmitt is dit onderscheid essentieel, het maakt dat ‘het politieke’ – en hiermee, zoals we zagen, de normale toestand – tot stand kan komen. Schmitt zal zich waarschijnlijk bij uitstek fel keren tegen het (liberale) sociaal contract van John Locke, dat bij uitstek een poging inhoudt om de fundering van de staat voor te stellen als een legitieme beslissing. Iedere daaropvolgende beslissing wordt op dezelfde manier legitiem en *legaal*, mits zij op dit contract is gebaseerd. Indien dit niet het geval is, mogen de burgers – waar immers de legitimatie en legaliteit van het sociaal contract op gebaseerd is – hun rechten terugroepen.

Hiermee wordt de incongruentie in het denken tussen de stichting Urgenda en de Staat getoond. Deze incongruentie stond centraal in hoofdstuk 4, waar ik de volgende deelvraag heb beantwoord: *welk licht werpt Schmitts denken op de Urgenda-uitspraak?* Schmitts filosofische denkbeelden zijn bijzonder geschikt om de gesuggereerde incongruentie tussen het denken van de stichting Urgenda en de Staat aan te tonen. Terwijl de Staat zich op zijn soevereiniteit beroept, lijkt de stichting Urgenda uit te gaan van een sociaal contract zoals dit wordt voorgesteld door Locke. Echter, hiermee veronachtzaamt de stichting Urgenda de soevereiniteit van de Staat. Dit is echter geen verrassing. Zo stelt Theo de Wit: “is men aan de gelding van rechtsnormen in een rechtsstaat gewend, dan lijkt ‘soevereiniteit’ een slechts historisch interessante categorie of een zinloze abstractie”.²²⁹

Hiermee kom ik tot een beantwoording van de hoofdvraag: *in hoeverre is het de rechter volgens Carl Schmitt toegestaan een zogenaamde ‘politieke beslissing’ te nemen?* Volgens Schmitt zal een categorie van uitzondering, en daarmee eveneens een categorie van soevereiniteit in het recht, altijd blijven bestaan. Deze soevereiniteit vormt namelijk, zoals eerder gesteld, niet alleen het fundament van

²²⁹ De Wit 1992, p. 28.

de rechtsorde, maar wordt in iedere beslissing herhaald. Een politieke beslissing is niet verwonderlijk, er zit namelijk in iedere beslissing volgens Schmitt een element van *macht*. Dit machtsmoment is het subjectieve moment in het recht. Volgens Schmitt kunnen we niet zonder een dergelijk element. Hoe harder we dus ontkennen dat in een rechterlijke beslissing geen machtsmoment of politieke dimensie meespeelt, hoe meer we onszelf misleiden.

Zoals Schmitt ook stelt, dient dit machtsmoment niet verabsoluteerd te worden. Er dient altijd een criterium te zijn, waaraan we de juistheid van de beslissing min of meer kunnen afmeten. Dit is in het geval van Schmitt het criterium van ‘de andere rechter’. Indien dergelijke criteria er niet zouden zijn, zouden we uitkomen bij de kritiek op het denken van Schmitt, namelijk dat zijn denken leidt tot een vorm van totalitarisme. Hoe begrijpelijk een dergelijke kritiek ook is – zeker met het oog op de machtsovername van de nazi’s in Duitsland in 1933 waarna Schmitt het bracht tot de kroonjurist van het Derde Rijk – deze hoeft zich niet te verwezenlijken. Het is mogelijk om de waarde van soevereiniteit, en hiermee politiek, in het recht te herkennen, zonder dat dit noodzakelijkerwijs leidt tot een vorm van totalitarisme.

Dit heb ik hoofdstuk 4 aangetoond met behulp van de Franse filosoof Claude Lefort. Lefort laat ons zien dat democratie en totalitarisme elkaars keerzijde zijn. Democratie brengt een einde aan de zekerheid, waar toch altijd behoefte aan blijft binnen een samenleving. Zodra deze zekerheid echter absoluut wordt en de lege plaats van de macht daardoor wordt opgevuld, belanden we in een totalitair systeem. Dit gebeurde in de jaren ’30 van de vorige eeuw in de Weimarrepubliek in Duitsland. De democratie toonde zich zwak en maakte hiermee de weg vrij voor antidemocratische krachten.

In deze scriptie heb ik echter duidelijk gemaakt dat het erkennen van een soeverein moment in het recht enkel het onderkennen van een belangrijk kenmerk van het recht is. Een kenmerk dat niet alleen niet onderkend wordt, maar een kenmerk dat zelfs niet bij de meeste rechtsgeleerden opkomt, zoals Jelte Wiersma stelt in zijn column in *Elsevier*.²³⁰ Dit aspect is dan ook essentieel om zogenaamde politieke uitspraken te beoordelen. Indien we de immer aanwezige politieke dimensie in een (rechterlijke) beslissing überhaupt niet erkennen, of weigeren te erkennen, is de beoordeling van een dergelijke uitspraak onmogelijk.

Het is de rechter volgens Schmitt dus niet alleen toegestaan een politieke beslissing te nemen, sterker nog, de beslissing is *noodzakelijkerwijs* deels politiek in zoverre zij een subjectief moment inhoudt. Hoe ver deze politieke dimensie mag reiken is, aldus Schmitt, afhankelijk van de beoordeling van andere rechters. Dit is een discussie die zich binnen de rechterlijke macht, maar naar mijn mening ook in het politieke domein dient af te spelen. Een goede discussie kan echter slechts gevoerd worden wanneer ieder element dat meespeelt in de beoordeling van een bepaald fenomeen wordt meegenomen. In dit geval is dat soevereiniteit – machtsuitoefening – in het recht. Een machtsuitoefening die de

²³⁰ Wiersma, *Elsevier*, 12 februari 2017.

rechtsorde niet alleen fundeert, maar ook meespeelt in iedere beslissing. Dit is dan een belangrijke les die we kunnen trekken uit Schmitts filosofie.

Bibliografie

Literatuur

Van Baren 2009

Van Baren, E.W., *Macht, Media & Montesquieu. Over nieuwe vormen van politieke macht en machtsevenwicht*, Leiden: Leiden University Press 2009.

Bellekom 1982

Bellekom, Th. L., 'Partijverboden', in: Herringa, A.W., De Winter, R.E. & Witteveen, W.J., *Staatkundig Jaarboek 1982-1983*, Leiden 1982.

Bodin 1583

Bodin, J., *Les six livres de la République*, Parijs: Scientia 1583.

Bogaard 2016

Boogaard, G., 'Urgenda en de rol van de rechter. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', in: *Ars Aequi*, januari 2016, pp. 26-33.

Cliteur & Ellian 2017

Cliteur, P.B. & Ellian, A., *Inleiding Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

De Graaf & Jans 2015

De Graaf, K.J. & Jans, J.H., 'The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change', in: *Journal of Environmental Law*, 2015, vol. 27(3), pp. 517-527.

Derrida 2005

Derrida, J., *The Politics of Friendship* (Collins, G. vert.), New York: Verso 2005.

Ellian 2009

Ellian, A., 'De staat van uitzondering. Soevereiniteit in modern tijd: tussen norm en beslissing', in: Molier, G. & Slootweg, T.J.M., *Soevereiniteit en recht. Rechtsfilosofische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, pp. 177-208.

Frissen 2007

Frissen, P.H.A., *De staat van verschil. Een kritiek van de gelijkheid*, Amsterdam: Van Gennep 2007.

Frissen 2013

Frissen, P.H.A., *De fatale staat. Over de politiek noodzakelijke verzoening met tragiek*, Amsterdam: Van Gennep 2013.

Frissen 2016

Frissen, P.H.A., 'Voorwoord' in: Lefort, C., *Wat is politiek?* (Van de Wiel, P. & Verheijen, B. vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016.

Grimshaw 2013

Grimshaw, M., 'Introduction. "A very rare thing"', in: Taubes, J., *To Carl Schmitt. Letters and Reflections* (Tribe, K. vert.) New York: Columbia University Press 2013.

Hampton 1987

Hampton, J., 'The failure of Hobbes's Social Contract Argument', in: Morris, C., (ed.) *The Social Contract Theorists: Critical Essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*, Lanham: Rowman & Littlefield 1999, pp. 41-58.

Hart 1958

Hart, H.L.A., 'The separation of law and morals', in: *Harvard Law Review*, 1958, Vol. 71, No. 4, pp. 593-629.

Hyams 2015

Hyams, K., 'Political authority and obligation', in: McKinnon, C. (ed.), *Issues in political theory*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Kelsen 1920

Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reine Rechtslehre*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1920.

Kelsen 1928

Kelsen, H., *Der Sociologische und der Juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1928.

Lefort 1992

Lefort, C., *Het democratisch tekort* (Loose, D. vert.), Den Haag: Boom Uitgevers Den Haag 1992.

Lefort 2016

Lefort, C., *Wat is politiek?* (Van de Wiel, P. & Verheijen, B. vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016.

Ortlep 2016

Ortlep, R., 'De Urgenda-uitspraak: wetgever en regering onder verscherpt rechterlijk toezicht', in: *Tijdschrift voor Toezicht*, 2016 (7) 1, pp. 29-32.

Montesquieu 2006

Montesquieu, C. L., *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006.

Müller 2016

Muller, J.W., *What is Populism?*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2016.

Müller 2017

Müller, J.W., *Wat is populisme?* (Reitsma, J.W. vert.), Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2017.

Rijkema 2015

Rijkema, B.R., *Weerbare democratie. De grenzen van democratische tolerantie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015.

Rousseau 2011

Rousseau, J.J., 'On the social contract', in: J.J. Rousseau, *The Basic Political Writings*, Cambridge: Hackett Publishing Company 2011.

Schmitt 1926

Schmitt, C., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1926.

Schmitt 1985

Schmitt, C., *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Kennedy, E. vert.), Cambridge/MA: MIT Press 1985.

Schmitt 1932

Schmitt, C., *Legalität und Legitimität*, Berlijn: Duncker & Humblot 1932.

Schmitt 2004

Schmitt, C., *Legality and Legitimacy* (Seitzer, J. vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004.

Schmitt 1933

Schmitt, C., *Das Begriff des Politischen*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1933.

Schmitt 2006a

Schmitt, C., 'Het begrip politiek', in: *Het begrip politiek* (Kerkhof, B. & Kwaad, G. vert), Amsterdam: Boom 2006, pp. 57-111.

Schmitt 1954

Schmitt, C., *Verfassungslehre*, Berlijn: Duncker & Humblot 1954 (eerste druk 1928).

Schmitt 2008

Schmitt, C., *Constitutional Theory* (Seitzer, J. vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2008.

Schmitt 1998

Schmitt, C., *Politische Romantik*, Duncker & Humblot 1998 (eerste druk 1919).

Schmitt 1986

Schmitt, C., *Political Romanticism* (Oakes, G. vert.), Cambridge/MA: MIT Press 1986.

Schmitt 1996a

Schmitt, C., *Politische Theologie. Vier Kapitel von der Souveränität*, Berlijn: Ducker & Humblot 1996 (eerste druk 1922).

Schmitt 2005

Schmitt, C., *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (Schwab, G. vert.), Chicago: The University Press of Chicago 2005.

Schmitt 1996b

Schmitt, C., *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn: Duncker & Humblot 1996 (eerste druk 1931).

Schmitt 2006b

Schmitt, C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlijn: Duncker & Humblot 2006 (eerste druk 1934).

Schmitt 2006c

Schmitt, C., 'Het tijdperk van neutralisering en depolitiseringsen', in: *Het begrip politiek* (Kerkhof, B. & Kwaad, G. vert), Amsterdam: Boom 2006, pp. 113-129.

Schmitt 2016a

Schmitt, C., *Gesetz und Urteil*, München: Verlag C.H. Beck 2016 (eerste druk 1912).

Schmitt 2015

Schmitt, C., *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin: Duncker & Humblot 2015 (eerste druk 1921).

Schmitt 2016b

Schmitt, C., *Dictatorship. From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle* (Hoelzl, M. & Ward, G. vert.), Cambridge: Polity Press 2016.

Scholten 1974

Scholten, P., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1974.

Seitzer & Thornhill 2008

Seitzer, J. & Thornhill, C., 'An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context', in: *Constitutional Theory* (Seitzer, J. vert), Durham/Londen: Duke University Press 2008.

Sneller 2009

Sneller, H.W., 'Goddelijk geweld en soevereiniteit', in: Ellian, A., Slootweg, T.J.M. & Smith, C., *Recht, beslissing en geweten*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, pp. 285-297.

Stolker 2014

Stolker, C., *Rethinking the Law School: Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Taubes 2013

Taubes, J., *To Carl Schmitt. Letters and Reflections* (Tribe, K. vert.) New York: Columbia University Press 2013.

Wiarda 1999

Wiarda, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van de Wiel & Verheijen 2016

Van de Wiel, P. & Verheijen, B., 'Inleiding – Wat is politiek?' in: Lefort, C., *Wat is politiek?* (Van de Wiel, P. & Verheijen, B. vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016.

De Wilde 2008

De Wilde, M., *Verwantschap in Extremen. Politieke Theologie bij Walter Benjamin en Carl Schmitt*, Amsterdam 2008.

De Wit 1992

De Wit, T.W.A., *De Onontkoobaarheid van de Politiek*, Nijmegen: Pomppers, Ubbergen 1992.

Jurisprudentie

Rb. Den Haag 24 juni 2015 (*Urgenda*)

Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 (*Urgenda*).

Rb. Den Haag 9 december 2016 (*Wilders II*)

Rb. Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014 (*Wilders II*)

HR 30 mei 1986 (*Spoorwegstaking*)

HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (*Spoorwegstaking*).

HR 21 maart 2003 (*Waterpakt*)

HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (*Waterpakt*).

HR 12 mei 1999 (*Arbeidskostenforfait*)

HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000, 170 (*Arbeidskostenforfait*).

HR 31 januari 1919 (*Lindenbaum/Cohen*)

HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

Rapporten

WRR 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, 2002.

Parlementaire stukken

Handelingen Tweede Kamer 2015/16, nr. 16, item 4, 6417-6418

Overig

Bergkamp, *Volkskrant*, 24 maart 2016

Bergkamp, L., 'De rechter als politiek instrument', *Volkskrant* 24 maart 2016.

Voermans, *Volkskrant*, 28 augustus 2015

Voermans, W., 'Staat moet wél in hoger beroep gaan', *Volkskrant* 25 augustus 2015.

Wiersma, *Elsevier*, 12 februari 2017

Wiersma, J., 'Dat rechtspraak geen politiek zou bedrijven, is een illusie', *Elsevier* 12 februari 2017 (online).

Hartmans, *De Groene Amsterdammer*, 10 november 2001

Hartmans, R., 'De noodzakelijke vijand', *De Groene Amsterdammer* 10 november 2001 (online).