



Universiteit
Leiden

The Netherlands

**Als de politiek onvoldoende doet en de rechter zijn
verantwoordelijkheid neemt: opmerkingen naar
aanleiding van reacties op het Urgenda-arrest**

Myjer, B.E.P.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Myjer, B. E. P. (2021). Als de politiek onvoldoende doet en de rechter zijn verantwoordelijkheid neemt: opmerkingen naar aanleiding van reacties op het Urgenda-arrest. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 967-986). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464183>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464183>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ALS DE POLITIEK ONVOLDOENDE DOET EN DE RECHTER ZIJN VERANTWOORDELIJKHEID NEEMT

*Opmerkingen naar aanleiding van reacties op het
Urgenda-arrest**

Egbert Myjer

1 ENKELE INLEIDENDE OPMERKINGEN OVER TINEKE CLEIREN EN WAAROM IK DIT ONDERWERP HEB GEKOZEN

*Beginselvast denker
met steeds open glimlach,
een luisterend oor.
Balans tussen ratio en haar emotie.
Beslist en bescheiden.
Van heel veel juridische markten thuis.
Met recht invloedrijk.*

Het zijn zo maar wat karakteristieken die mij opkomen als ik aan de wetenschapper Tineke Cleiren denk. Ik heb haar als zodanig in verschillende functies meegemaakt: Tineke Cleiren als de oorspronkelijk (mede)naamgever van *Tekst en Commentaar Strafrecht* en *Tekst en Commentaar Strafvordering*, als de hoogleraar straf- en strafprocesrecht Leiden, als de voorzitter van de sectie strafrecht van de Nederlandse afdeling van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland (de vereniging met de lange naam) en als lid van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), tevens vicevoorzitter van de Commissie Mensenrechten van de AIV. In die Commissie Mensenrechten hebben wij onder meer samengewerkt aan de rapporten *‘De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa’* en *‘Duurzame ontwikkelingsdoelen en mensenrechten. Een noodzakelijk verbond’*. Mede vanuit de in die rapporten ontwikkelde gedachten wil ik in dit – als eerbetoon voor haar geschreven – stukje wat opmerkingen maken bij het arrest

* Naschrift: Ik kon in deze bijdrage niet meenemen de na de inlevering van de kopij verschenen inleidende beschouwing over Evenwicht in de Rechtsstaat, in het Jaarverslag 2019 van de Raad van State.

van de Hoge Raad van 20 december 2019 in de Urgenda-zaak en bij de manier waarop her en der is gereageerd op dat arrest. In de Urgenda-zaak zijn immers het grondrecht op leven (artikel 2 EVRM) en het grondrecht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM), zoals uitgelegd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), de sleutel geweest van het rechterlijk bevel aan de staat om de uitstoot van broeikasgassen vóór eind 2020 met 25% te verminderen. En dat heeft weer alles te maken met de afspraken in het VN Klimaatverdrag waarbij ook Nederland partij is en daarmee met het – ook door Nederland onderschreven – duurzame ontwikkelingsdoel tot het nemen van maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan (SDG 13). Bij de reacties op het Urgenda-arrest waren er heel wat die vonden dat de Nederlandse rechter buiten zijn boekje was gegaan door zich te bemoeien met een onderwerp dat slechts aan de politiek toebehoort en al helemaal door zich daarbij te beroepen op een of andere activistische interpretatie van een Europese rechter. Ik ga, gelet op dat laatste, ook in op de vraag of het EHRM wellicht te ver is gegaan in zijn – door de Hoge Raad toegepaste – jurisprudentie.

2 NOG EEN VOOROPMERKING: CORONA-NOODTOESTAND

Ik schrijf dit alles¹ op een moment dat het coronavirus de hele wereld dreigt te besmetten en al heel veel mensen ten gevolge van dat virus zijn gestorven. Een moment ook, waarop allerlei landen die partij zijn bij het EVRM, artikel 15 EVRM (afwijking in geval van noodtoestand) hebben ingeroepen en/of op nationaal niveau vrijheidsbeperkende en privacy-beperkende maatregelen hebben moeten nemen om de ontstane noodtoestand het hoofd te kunnen bieden en besmetting met het virus tegen te gaan. Waarin de Raad van Europa er nog eens op heeft gewezen dat ook in een noodtoestand de democratische rechtsstaat moet blijven functioneren, inclusief het zoveel mogelijk in acht nemen van de rechten van de mens: zie www.coe.int: *SG/Inf(2020)11 – Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis*. Tegen die achtergrond zijn de reacties op het Urgenda-arrest eigenlijk minder dan kleingrut. Maar er komt een moment dat het gewone leven – zij het wellicht op anderhalve meterafstand – weer doorgaat. En dan kan het toch nuttig zijn een aantal zaken op een rijtje te hebben gezet. En, niet onbelangrijk tegen de achtergrond van de rest van mijn stukje: artikel 15 lid 2 EVRM staat – zelfs bij noodtoestand – geen enkele afwijking toe van artikel 2 EVRM (het recht op leven).

1 Ten tijde van het schrijven was er een corona-isolement. Het kan heel goed zijn dat ik allerlei publicaties heb gemist die ik eigenlijk had moeten noemen. Ik had nu slechts mijn eigen boeken, krantenknipsels en open bronnen ter beschikking.

Je mag overigens hopen dat het nu voor een ieder zichtbare directe gevaar van een coronaramp en het besef dat in zo'n situatie feiten, expertise, wetenschap en daadkrachtig optreden door de overheid en deskundigen van levensbelang zijn en dat je als burger om die reden ook je verantwoordelijkheid moet nemen en je zonder (te veel) morren moet voegen, hun doorwerking hebben naar het ook door een ieder accepteren dat er echt met spoed iets moet gebeuren om de verdere opwarming van de aarde door het tegengaan van een te grote uitstoot van broeikasgassen. Want de deskundigen hebben ook hier met feiten aangetoond dat er voor de wereld een groot gevaar dreigt als er op dit moment onvoldoende reductiemaatregelen worden genomen. Eigenlijk zijn alle regeringen daarvan inmiddels al lang overtuigd. Ook de Nederlandse regering. Het punt was alleen dat Nederland op enig moment de eigen reductiedoelstelling voor 2020 had verlaagd naar 20% in EU-verband, terwijl er onder deskundigen grote consensus bestaat van de dringende noodzaak van een minimale reductie van 25-40%, ook voor Nederland individueel. En nog iets: het is overduidelijk dat de politiek nog lang de handen vol zal hebben aan het beheersen van de coronacrisis en aan alles wat dat aan humanitaire en economische gevolgen mee zal brengen. Dat mag echter niet betekenen dat die andere levensbedreigende gevaren – de ecologische crisis – even op het tweede plan komen en dat om die reden minder prioriteit wordt gegeven aan het tenuitvoerleggen van het Urgenda-arrest.

3 HET URGENDA-ARREST

In het Urgenda-arrest van 20 december 2019 oordeelde de Hoge Raad dat het rechterlijk bevel aan de staat om de uitstoot van broeikasgassen voor eind 2020 met 25% te verminderen in stand blijft.² Die vermindering was in eerste instantie al vastgesteld door de rechtbank Den Haag³ en daarna bekrachtigd door het gerechtshof aldaar.⁴ Ook de uitvoerige en zeer instructieve conclusie van de plaatsvervangend P-G en de A-G bij de Hoge Raad leidde tot dezelfde slotsom.⁵ De Hoge Raad baseerde zijn oordeel op het VN-klimaatverdrag en op de rechtsplichten van de staat tot bescherming van het leven en welzijn van burgers in Nederland. Zonder die reductie bestaat het risico van een gevaarlijke klimaatverandering die ook de ingezetenen van Nederland ernstig kan treffen in hun recht op leven en welzijn. Het arrest was uitzonderlijk; de manier waarop de Hoge Raad het arrest communiceerde was dat zeker ook. Het arrest begint met een lange paragraaf waarin de Hoge Raad op een voor iedereen begrijpelijke manier een samenvatting geeft van de uitspraak. De kopjes van de samenvatting bieden aldus een fraaie summier inhoudsopgave:

2 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (*Klimaatzaak Urgenda*).

3 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

4 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

5 Conclusie plaatsvervangend P-G F.F. Langemeijer & A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887.

Vordering Urgenda en oordelen van rechtbank en gerechtshof;
Cassatieberoep;
Oordeel Hoge Raad;
Gevaarlijke klimaatverandering;
Bescherming van mensenrechten op grond van het EVRM;
Wereldwijd probleem en nationale verantwoordelijkheid;
Wat houdt de verplichting voor de staat om 'het zijne' te doen, concreet in?;
Het beleid van de staat;
Rechter en politiek domein;
Conclusie.

Daarna komt er ook nog een meer uitgebreide inhoudsopgave.

Over 'Rechter en politiek domein' stelt de samenvatting:

'De staat heeft aangevoerd dat het niet de taak van de rechter is om politieke afwegingen te maken die nodig zijn voor de besluitvorming over reductie van broeikasgassen.

In het Nederlandse staatsbestel komt de besluitvorming over de reductie van uitstoot van broeikasgassen toe aan de regering en het parlement. Zij hebben een grote mate van vrijheid om de daarvoor vereiste politieke afwegingen te maken. Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij hun besluitvorming zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden. Die grenzen vloeien onder meer voort uit het EVRM. De Grondwet schrijft voor dat de Nederlandse rechter de bepalingen van dit verdrag toepast. Dat moet de rechter doen overeenkomstig de uitleg daarvan door het EHRM. Deze opdracht aan de rechter tot het bieden van rechtsbescherming, ook tegen de overheid, is een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat.

Het oordeel van het hof is met het voorgaande in overeenstemming. Het hof heeft immers geoordeeld dat het beleid van de staat met betrekking tot de reductie van de uitstoot van broeikasgassen evident achterblijft bij de uit de artikelen 2 en 8 EVRM voortvloeiende verplichting om passende maatregelen te nemen voor de bescherming van de ingezetenen van Nederland tegen een gevaarlijke klimaatverandering. Verder heeft het hof het aan de staat gegeven bevel beperkt tot de ondergrens (25%) van de internationaal onderschreven, minimaal noodzakelijke reductiedoelstelling voor 2020 van 25-40%.

Het gegeven bevel laat het aan de staat over om te bepalen met welke concrete maatregelen hij zal voldoen aan dat bevel. Als daarvoor wetgevende maatregelen

nodig zijn, is het aan de staat om te beoordelen welke specifieke wetgeving wenselijk en noodzakelijk is.⁶

4 DE REACTIE VAN DE NEDERLANDSE REGERING OP HET URGENDA-ARREST

Reeds op de dag van het wijzen van het Urgenda-arrest stuurde de Minister van Economische Zaken een brief betreffende de kabinetsreactie op de uitspraak Hoge Raad cassatieberoep Urgenda naar de Tweede Kamer:

‘Het kabinet heeft kennis genomen van het feit dat de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Den Haag in stand laat. Het reductiebevel dat de rechtbank Den Haag aan de staat heeft opgelegd is hiermee onherroepelijk geworden. Gegeven het bredere belang van het arrest zal het kabinet dit zorgvuldig bestuderen en in de tweede helft van januari met een reactie komen.’⁷

In een tweede alinea staat aangegeven dat het kabinet blijft sturen op 25% broeikasreductie per eind 2020. Het resultaat van die vele weken zorgvuldige bestudering viel te lezen in een brief van de Minister van Economische Zaken van 31 januari 2020 aan de Tweede Kamer: na een samenvatting van het arrest meldde de brief onder het kopje ‘vervolg’ in maar liefst 33 woorden: ‘Door het arrest van de Hoge Raad is het reductiebevel onherroepelijk geworden. Het kabinet blijft werken aan maatregelen gericht op het verminderen van broeikasgassen, zoals aangekondigd in de brief van 20 december jl.’ Daaraan werd nog een wellicht ominieuze zinnetje toegevoegd: ‘Niet valt uit te sluiten dat het arrest een bredere betekenis heeft. De Minister van Justitie en Veiligheid zal dat nader bezien en uw Kamer daarover informeren.’⁸

5 DE EERSTE COMMENTAREN

De Hoge Raad had met juistheid voorzien dat het arrest juist op het punt van ‘rechter en politiek domein’ veel commotie zou kunnen veroorzaken. Eerder in het jaar hadden de zogenaamde stikstofuitspraken van de Raad van State van 29 mei 2019 ook al voor veel ophef gezorgd. Daarom is het nuttig dat de Hoge Raad zich de moeite heeft getroost om ook op dat punt zelfs een voor leken begrijpelijke uitleg te geven. Maar als je een aantal commentaren op het arrest doorleest – in het bijzonder op sociale media – dan kan met

6 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier (*Klimaatzaak Urgenda*).

7 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, 442.

8 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, 445.

recht de vraag worden gesteld of die auteurs wel het hele arrest – of zelfs maar de samenvatting –, laat staan de conclusie van de plaatsvervangend PG en de AG hebben gelezen. Dat zal ongetwijfeld wel het geval zijn geweest bij ‘Een Kerstoverdenking door professor Paul Cliteur over Urgenda en de Hoge Raad’, op 23 december 2019 gepubliceerd op de website van Forum voor Democratie. Cliteur geeft daar zijn eigen tegengestelde interpretatie van de drie machtenleer (trias politica) en vraagt zich op basis daarvan af waarom de Hoge Raad de wil van het volk zou mogen weerstreven. Het geven van een andere interpretatie is zijn ‘goed’ recht. Ik heb het dan zelfs niet zozeer over een bericht in een ‘partijdig’ medium als *Climategate.nl* met een kop als ‘In het pak genaaid in Urgenda-zaak’ (29 december 2019) en ‘Urgenda-uitspraak Hoge Raad in strijd met algemeen belang’ (1 januari 2020), of de bijna voorspelbare commentaren in *De Telegraaf*: ‘Wilders: “Klimaatbeleid is niet aan de rechter”’ (20 december 2019), ‘Rechtspraak en politiek: recept voor een slecht smakende hutspot’ (23 december 2019) of *WNL*: ‘Pas wet aan om rechtszaken zoals Urgenda-zaak te voorkomen’, of over het commentaar in *De Volkskrant* van 3 januari 2020 van Martin Sommer: ‘Met het Urgenda-arrest doet de Hoge Raad aan juridisch activisme’. Maar meer nog over commentaren of reacties in (sociale) media waarin soms op uiterst onheuse wijze de vloer wordt aangeveegd met de Hoge Raad en waarin de Raad bijvoorbeeld wordt aangeduid als een CO2-Raad vol D66’ers of waarin een advocaat (!) zijn verhaal doet onder de kop: ‘Jurist fileert “Messiaswaan” opperrechters Hoge Raad in Urgendazaak’ (*De Telegraaf* 11 januari 2020).

In de juridische vakliteratuur kwamen er gelukkig vrijwel onmiddellijk ook genuanceerde en leerzame reacties, zoals in *NJB* van Ton Hartlief,⁹ Ybo Buruma¹⁰ en een reactie daarop van Wessel Wijnvliet.¹¹ En in *NRC* van 24 januari 2020, legde Geert Corstens, oud-president van de Hoge Raad, onder de kop ‘*Het is niet de rechter die regeert*’ het allemaal nog eens helder uit voor de geïnteresseerde leek:

‘Er is een rechterlijke traditie zich terughoudend op te stellen tegenover het bestuur en wetgever, niet zelf naar de macht te grijpen en extra voorzichtig te zijn als er spanning met internationaal recht bestaat. De traditie is sterk en rust stevig in die van de trias politica: elke macht heeft zijn eigen taak. Maar de rechterlijke macht is er bij uitstek om bescherming te bieden aan burgers en instellingen. (...) De rechter grijpt alleen in extreme gevallen in of als de overheid zich heeft vastgelegd. Een voorbeeld van dat laatste is de stikstofzaak, waarbij de rechter niet meer heeft gedaan dan de staat houden aan eigen wetgeving. Dan kun je toch moeilijk de rechter verwijten dat hij de macht heeft gegrepen.

9 T. Hartlief, ‘De zaken die er toe doen’, *NJB* 2020, p. 5.

10 Y. Buruma, ‘Activistische rechters’, *NJB* 2020, p. 379.

11 W. Wijnvliet, ‘Rechterlijk activisme. Het debat wordt verkeerd gevoerd’, *NJB* 2020, p. 837-838.

En in de Urgenda-zaak hield de rechter de staat aan beleidsvoornemens die in internationale gremia erkend waren. Kortom, van een magistrocratie is geen sprake. De rechter beschermt de burgers. En dat behoort hij te doen. De staat, dus ook de rechter, is er voor de vrijheid van ons allemaal, niet voor de staat zelf.’

Terecht stelde Jan Vranken na al die reacties in *NJB* de vraag: *Wie beschermt de rechtspraak?*¹² En beantwoordde hij die. Onder het kopje ‘*Het eigen gelijk als Waarheid*’ gaf hij een bijna dichtertlijk-woedende samenvatting van wat er her en der aan ongenueanceerd commentaar werd gegeven:

‘Het is al vaker gezegd. Roep hard wat je vindt of beter nog: roep dat wat de ander zegt, nep is, desinformatie, bedrog, afkomstig van klimaatdrammers of van een complot van linkse pers en linkse wetenschappers. Roep nog harder als er tegenspraak is en blijf de boodschap herhalen. (...) Vrijheid van meningsuiting heet dat en die laat men zich niet afnemen door een elite die zonder het te beseffen afstuurt op het einde van onze (witte) beschaving. Sommige politici scoren er goed mee. Met hen en met de twitterende alt-rights en alt-light-trollen in hun kielzog heeft een discussie over waarheid als een belangrijke democratische waarde naast vertrouwen – trust en truth – geen zin. Zij zijn niet geïnteresseerd in feiten, argumenten of opvattingen van anderen die niet in hun straatje passen. Allemaal flauwekul, naïviteit, complotten, afleidingsmanoeuvres, verzinsels en bangmakerij van de oikofoben. Men kan er de kranten op naslaan: iedere dag biedt nieuwe voorbeelden. Op sociale media wordt men nog rijkelijker bediend.’¹³

Vranken slaat, dunkt mij, de spijker op de kop door aandacht te vragen voor dat nieuwe fenomeen. Nog niet zo lang geleden werd de discussie over de verhouding binnen de drie staatsmachten voornamelijk gevoerd in kringen van de wetenschap, politiek en de rechterlijke macht. Dat ging *grosso modo* op basis van argumenten. Nu zie je de opkomst van bepaalde politieke partijen en in het kielzog daarvan van commentatoren en bloggers in de sociale media bij wie in de discussie iedere nuance verdwenen lijkt te zijn en die een – vaak nationaal-populistisch – gedachtengoed ventileren dat ook nog een niet onaanzienlijk deel van de bevolking lijkt aan te spreken. De echte feiten doen er dan niet meer zoveel toe; als het maar reuring en wantrouwen veroorzaakt. Met vaak maar één boodschap: de heersende elite – inclusief de rechterlijke macht – deugt niet. Die elite verzint

12 J. Vranken, ‘Wie beschermt de rechtspraak?’, *NJB* 2020, p. 536-543.

13 Vranken 2020.

van alles om hun eigen standpunten te door te drukken en hun eigen belangen veilig te stellen. En rechters moeten al helemaal hun mond houden als de wil van het volk iets anders heeft bepaald. Vranken stelt in zijn analyse dat het niet helpt om nog eens uit te leggen hoe belangrijk onafhankelijke rechtspraak is.

‘Wat minimaal nodig is, is toch de grondtoon van elkaar enige ruimte geven: dat men elkaar serieus neemt en ervan uitgaat dat ook anderen oprecht bezorgd zijn over de democratische rechtsstaat en zijn rechtspraak, ook al vullen ze die bezorgdheid diametraal anders in. Dat laatste kan en mag, meningsverschil hoort bij een vrije en open samenleving, maar als iedereen voet bij stuk houdt en niet tot uitwisseling van argumenten of enig begrip bereid is, is er een patstelling.’¹⁴

Toch zet ik nog maar eens op een rijtje hoe het allemaal bedoeld is en waarom het in deze zaak precies is gegaan zoals het bedoeld is.

6 DEMOCRATIE, MENSENRECHTEN EN RECHTSSTAAT BINNEN DE RAAD VAN EUROPA

Door de landen van de Raad van Europa wordt vanaf de oprichting in 1949 als basaal aangemerkt de onderlinge samenhang van *democracy, rule of law and respect for human rights*. Of, zoals het Comité van Ministers van de Raad van Europa het in 2008 zo mooi formuleerde in het rapport *The Council of Europe and the Rule of Law, an overview*:

‘Democracy, rule of law and human rights can be seen as three overlapping circles. (...) There can be no democracy without the rule of law and respect for human rights; there can be no rule of law without democracy and respect for human rights, and no respect for human rights without democracy and the rule of law.’

De lidstaten verbonden zich aan een structuur van een constitutionele democratie, waarin sprake is van een rechtsstaat en waarin mensenrechten worden geëerbiedigd aan eenieder die zich op het grondgebied van die staat bevindt. Dat betekent dat ook een meerderheid zich moet schikken naar de beginselen van een rechtsstaat en dat ook mensenrechten van minderheden dienen te worden geëerbiedigd. Of, zoals het Hof het al bijna veertig jaar geleden stelde in de zaak *Young, James and Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk:

14 Vranken 2020, p. 542-543.

‘Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids abuse of a dominant position.’¹⁵

Het liedje van ‘The winner takes it all’ gaat niet op voor een democratie zoals dat de gezamenlijke en uitdrukkelijk geproclameerde bedoeling is van de lidstaten van de Raad van Europa: als de meerderheid bijvoorbeeld meent de basisrechten van minderheden te mogen aantasten, is sprake van meerderheidsdictatuur. En hetzelfde geldt voor aantastingen van de rechtsstaat. Als de meerderheid meent de rechtsstaat naar eigen willekeur of slechts ter versterking van de eigen macht te mogen herinrichten, is dat de bijl aan de wortel van de hele boom. Dat geldt in het bijzonder voor aantastingen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.¹⁶ In een inmiddels echt geërodeerde democratische rechtsstaat – het Hongarije onder Orban is daarvan het eerste jammerlijke voorbeeld – zou een rechterlijke uitspraak als die van het Urgenda-arrest inderdaad vrijwel onmogelijk zijn geweest. Daar zou de ‘wil van het volk’ – lees: de wil van de partij die bij verkiezingen de (regerings)meerderheid heeft gekregen – zich al hebben vertaald in het onder controle brengen van de derde staatsmacht, de rechterlijke macht.

In een democratische rechtsstaat moet de onafhankelijke rechterlijke macht immers ook de overheid de juridische maat kunnen nemen. Om deze rol goed te kunnen vervullen zal de rechterlijke macht onafhankelijk moeten zijn van de uitvoerende macht en de wetgevende macht. Dat is van groot belang. Of, zoals Aalt Willem Heringa het stelde:

‘De frase dat rechterlijk ingrijpen ondemocratisch is, laat zien hoezeer men de notitie van democratie misverstaat en niet inziet dat de rechtsstaat grenzen stelt aan de (al)macht van de politiek. En tegen dergelijke onbegrensde politici hebben we checks and balances en rechters nodig.’¹⁷

En als een van de andere staatsmachten niet gelukkig is met een bepaalde in hoogste instantie gewezen rechterlijke uitspraak kan die macht in het merendeel van de gevallen altijd nog proberen daar door wetwijziging iets aan te veranderen. Die mogelijkheid doet zich overigens uitgerekend in de Urgenda-zaak niet voor. Het EVRM, dat Europese minimumnormen bevat, is eigenlijk niet terug te draaien.

15 EHRM 18 augustus 1981 (*Young, James and Webster t. het Verenigd Koninkrijk*).

16 Voor wie er meer over wil lezen is het ook nuttig kennis te nemen van *de Rule of Law – checklist* van de *European Commission for Democracy Through Law* (de zogenaamde *Venice Commission*), aangenomen op 11-12 maart 2016.

17 A.W. Heringa, ‘Een rechterstaat?’, *Montesquieu Instituut, Hofvijver*, jaargang 10, nr. 105, 24 februari 2020.

7 WAT OPMERKINGEN OVER DE RECHTSVORMENDE TAAK VAN DE RECHTER

De discussie over de verhouding uitvoerende en wetgevende macht versus de rechterlijke macht en de rechtsvormende taak van de rechter is niet nieuw en steekt met enige regelmaat de kop op. Aanvankelijk ging die discussie vooral over rechtsvinding en -vorming en werd deze voornamelijk gevoerd in de wetenschap, de juridische wereld en in de politiek. Zo hebben generaties juristen tijdens hun studie kennis kunnen nemen van het boekje van de oud-president van de Hoge Raad én (later) oud-president van het EHRM, G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*.¹⁸ Er zijn meer (oud-)presidenten van de Hoge Raad die bij hun aantreden of afscheid juist over dat onderwerp hebben gesproken. Rechtsvorming door rechters was in 2000 zelfs onderwerp van een *NJB-salon* 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters'. In het *NJB* staan diverse bijdragen opgenomen over en naar aanleiding van die salon.¹⁹ En bij zijn afscheid in maart 2000 als president van de Hoge Raad hield Siep Martens een magistrale rede over 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter' waarin hij onder meer stelt:

'Grondslag van ons staatsbestel is niet enkel de representatieve democratie, doch óók en vooral de rule of law. De rechtsstaat is onbestaanbaar zonder rechtsprekende macht die is geroepen tot 'overeenkomstig de wet' rechtspreken en daarmee (...) tevens tot rechtsvorming. De legitimatie van de rechtsprekende macht is dus anders van aard, maar daarom niet minder dan die van de beide andere machten van de trias politica.'²⁰

En nog eentje uit die relatief oude doos: op een symposium 'Schurende Machten', gehouden op 11 maart 1999 bij gelegenheid van het afscheid van Harry van den Haak als president van het hof Amsterdam,²¹ werd de vraag behandeld of inmiddels wellicht sprake is van een verschuiving tussen de staatsmachten, zo niet van staatsmachten die als het ware tegen elkaar aan schuren. Minister-president Wim Kok was daar een van de sprekers. Omdat het niet vaak zal voorkomen dat een premier zich uitgebreid over die verhouding uitlaat, maar ook omdat hij aangeeft wat in de politiek op dit punt behoorlijk is, citeer ik een wat langer stukje uit zijn inleiding:

18 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Wolters Kluwer, oorspronkelijke druk 1972, vierde druk bewerkt door Tim Koopmans, 1999.

19 *NJB* 2000, p. 1-5 en *NJB* 2000, p. 687-718.

20 S. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000/14, 747-758.

21 Zie voor het verslag daarvan en de inleidingen: *Schurende Machten; Prinsengrachtreeks* 1999/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri.

‘Wanneer men komt te spreken over de verhouding tussen de staatsmachten dan raakt men al snel aan de fundamenteën van het bouwwerk dat onze democratische rechtsstaat vormt. Spreken vanuit de ene staatsmacht over een andere behoort derhalve met respect, zorgvuldigheid en begrip voor de wederzijdse taakvervulling te geschieden. Dat legt begrenzings op aan het vormen en verkondigen van oordelen en beoordelingen over en weer. Zo zal ik ook in dit betoog niet inhoudelijk ingaan, zelfs niet willen of mogen ingaan, op concrete uitspraken van de rechter in diens onafhankelijke rol. De burger kan en zal daar wellicht een mening over hebben. Aan de andere staatsmacht komt in die hoedanigheid een inhoudelijk oordeel over concrete uitspraken van de rechter niet toe. Onze rechtspraak kent als correctiemechanisme het stelsel van hoger beroep en cassatie. Alleen wanneer de regering partij is bij een geding kan, door al dan niet van een rechtsmiddel gebruik te maken, worden gereageerd. Meer in algemene zin kan de regering natuurlijk wel een oordeel hebben over de rechtsregel of de rechtsontwikkeling die van een rechterlijke uitspraak het gevolg kan zijn. Daarin kan zij dan aanleiding vinden om wetgeving te initiëren die tot een andere rechtsregel moet leiden.

De wens en het vermogen om, met inachtneming van ieders eigen en elkaars rol te spreken over de verhouding tussen de staatsmachten is onlosmakelijk verbonden met de volwassenheid van onze rechtsstaat.²²

En toen Geert Corstens op 30 oktober 2014 afscheid nam als president van de Hoge Raad ging hij in zijn afscheidsrede in op kernkwaliteiten van de rechter: bescheidenheid en moed. Een rechter moet bescheiden zijn om te kunnen oordelen over mensen in moeilijke situaties en zaken in zwaar weer. Maar om zijn rol in de rechtsstaat goed te vervullen, zal de rechter ook een flinke dosis moed aan de dag moeten leggen. De rechter moet immers beslissen.

Hij liet tegelijkertijd een boek na met daarin hoofdstukken over de verhouding van de rechter tot de wetgever, de verhouding van de rechter tot de Grondwet en het internationale recht, de verhouding van de rechter tot de uitvoerende macht en de verhouding van de rechter tot de samenleving.²³

22 *Schurende Machten; Prinsengrachtreeks* 1999/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri.

23 G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren. De president van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2014.

8 TOEPASSING DOOR DE HOGE RAAD VAN DE EENIEDER VERBINDENDE
BEPALINGEN VAN HET EVRM, ZOALS UITGELEGD DOOR HET EHRM

Het Urgenda-arrest is bijzonder omdat de Nederlandse rechter hier eenieder verbindende bepalingen van het EVRM heeft toegepast, zoals uitgelegd door het EHRM. Dat dient de rechter ook te doen op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Consequentie is wel dat de andere Nederlandse staatsmachten in zo'n geval geen mogelijkheid hebben om – zoals Kok dat noemde – nieuwe wetgeving te initiëren die tot een andere rechtsregel moet leiden.

Had de Hoge Raad vanwege de vergaande gevolgen van de uitspraak de zaak wellicht beter eerst kunnen voorleggen aan het EHRM voor een zogenaamde '*advisory opinion*', zoals is voorzien in het splinternieuwe protocol 16 bij het EVRM? De Hoge Raad laat in het arrest onder het kopje 'Zijn de artikelen 2 en 8 EVRM van toepassing op het mondiale probleem van het gevaar van klimaatverandering?' zien dat hij die mogelijkheid wel onder ogen heeft gezien. Ook de plaatsvervangend P-G en de A-G hadden daarover in hun conclusie opmerkingen gemaakt. Kort samengevat komt de redenering van de Hoge Raad met betrekking tot de artikelen 2 en 8 EVRM erop neer dat de Hoge Raad stelt dat volgens de rechtspraak van het EHRM een verdragsstaat op grond van die artikelen verplicht is passende maatregelen te treffen, indien een '*real and immediate risk*' voor het leven of het welzijn van personen bestaat en de staat daarvan op de hoogte is. De verplichting om passende maatregelen te treffen geldt naar het oordeel van de Hoge Raad ook als het gaat om milieugevaren die grote groepen of de bevolking als geheel betreffen en eveneens als de gevaren zich pas op langere termijn kunnen realiseren. De Hoge Raad heeft gelet op breed gedragen inzichten in de wetenschap en internationaal aanvaarde standaarden en concludeert dat er een grote consensus is over de dringende noodzaak van een reductie van broeikasgassen in 2020 van minimaal 25-40%, ook voor Nederland individueel. De Hoge Raad verantwoordt zich per denkstap ook nog door een uitgebreid notenapparaat aan het arrest toe te voegen.

Voor wie mocht hopen dat in kringen van het EHRM met verbijstering is gekeken naar de door de Hoge Raad gevolgde redenering, wijs ik naar een passage in de toespraak van de president van het EHRM, Linos Alexander Sicilanos, bij de opening van het gerechtelijk jaar 2020 van het EHRM, op 31 januari 2020, waaruit het tegendeel kan worden afgeleid. Nadat de president wat opmerkingen had gemaakt over zaken die met het klimaat te maken hebben, zei hij:

'In that context, more than ever, it is right and proper for the Court to continue with the line of authority enabling it to enshrine the right to live in a healthy environment. However, the environmental emergency is such that the Court

cannot act alone. We cannot monopolise this fight for the survival of the planet. We must all share responsibility. That is why I would like to conclude this case-law round-up with a recent example from the Netherlands. At the end of December last the Supreme Court of the Netherlands delivered a judgment which prompted an immediate reaction around the world. In that case the Supreme Court ordered the Dutch State to reduce greenhouse gas emissions by at least 25% by the end of 2020. In giving this decision, which has been hailed as historic, the Dutch Supreme Court relied explicitly on the European Convention on Human Rights and the case-law of our Court. By relying directly on the Convention, the Dutch judges highlighted the fact that the European Convention of Human Rights really has become our shared language and that this instrument can provide genuine responses to the problems of our time.’

Daarmee geeft de president in elk geval aan dat hij met instemming kennis heeft genomen van het feit dat de Nederlandse rechter op basis van het EVRM, zoals nader uitgelegd door het EHRM, zijn eigen verantwoordelijkheid heeft genomen bij het geven van een antwoord op een van de grote problemen van onze tijd.

9 INITIATIEVEN OM HET DE NEDERLANDSE RECHTER NIET LANGER MOGELIJK TE MAKEN DE EENIEDER VERBINDENDE BEPALINGEN VAN HET EVRM, ZOALS GEÏNTERPRETEERD DOOR HET EHRM, RECHTSTREEKS TOE TE PASSEN

Dat laatste is nu precies de reden waarom er soms ook stemmen klinken dat de nationale rechter niet langer de mogelijkheid zou moeten hebben om eenieder verbindende bepalingen uit het EVRM rechtstreeks te kunnen toepassen. Die kritiek is overigens niet helemaal nieuw. Eind 2010, begin 2011 ontstond er bijvoorbeeld ineens een ware strijd tussen tegenen voorstanders. Het begon met een column van Afshin Eliahi in *NRC* 13 oktober 2010: ‘Repressie door mensenrechten’. In *NRC* 13 november 2010 schreef een jong Leids onderzoeker, Thierry Baudet, vervolgens een paginagroot stuk: ‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie, met als onderkop: Het is een fictie dat universele principes van rechtvaardigheid overal en op dezelfde manier kunnen worden geïmplementeerd.’ Hij kreeg met dat stuk bijna heel mensenrechtelijk Nederland op zijn dak, maar kreeg ook wat bijval. Ook *de Elsevier* van 20 november 2010 kwam in het geweer tegen het Hof in het artikel ‘De hand van Straatsburg. Interventies van het Hof voor de Mensenrechten in nationale rechtspraak leiden tot steeds meer onrust.’ Baudet mocht het zelfs nog eens uitleggen in het *NTM/NJCM-bulletin*.²⁴ En hij kreeg zelfs

24 T. Baudet, ‘Er is wel degelijk een probleem met het EHRM’, *NTM/NJCM-bulletin* 2011, p. 305-306.

bijval van een oud-lid van de redactie van het *NJCM-bulletin*: Tom Zwart.²⁵ De toenmalige Nederlandse rechter in het EHRM had toen al laten merken dat hij zich ergerde aan de manier waarop het EHRM zwart werd gemaakt. In *De Volkskrant* van 14 januari 2011 stond met hem een interview opgenomen: ‘Mensen worden intoleranter, ook in Nederland. Europees rechter Egbert Myjer ergert zich kapot aan ‘zondebok denken, superioriteitsgevoelens en eigen volk eerst-gedachten’. Tom Zwart werkte zijn in het NRC-stukje neergelegde gedachten uit in een artikel in het *NJB*²⁶ en Janneke Gerards repliceerde in *NJB* met ‘Waar gaat het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens eigenlijk over?’²⁷ In die tijd namen, zoals gezegd, veruit de meeste reacties in de juridische vakpers stelling tegen de door Baudet en Zwart ontwikkelde gedachten. Ik verwijs voor een opsomming van die stukjes korthedshalve naar mijn: *Het leest als een boek, Over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering*.²⁸

Opmerkelijk is dat ook de toenmalige VVD-fractievoorzitter in de Tweede Kamer Stef Blok en het VVD-Kamerlid Klaas Dijkhoff zich in de discussie mengden. Zij lieten via een ingezonden stuk in *De Volkskrant* van 7 april 2011 weten: ‘Het Europese Hof voor de Rechten van de mens tast democratisch tot stand gekomen wetgeving te zeer aan’. En voor wie mocht denken: maar dat is allemaal oude koek, wijs ik toch even op een passage in het VVD-Verkiezingsprogramma 2017-2021:

‘Wij willen dat internationale verdragen actief worden onderhouden, altijd specifiek geformuleerd zijn en aansluiten op de moderne tijd. Daardoor is minder interpretatie door rechters nodig en weet iedereen waar die aan toe is. Vooral internationale mensenrechten moeten voortaan concreter worden geformuleerd. Het zorgt bijvoorbeeld voor veel onrust dat levenslang niet meer écht levenslang mag zijn, op basis van een verdragsbepaling waarmee Nederland nooit bedoeld heeft om deze straf af te schaffen. Nederlanders hebben er recht op om te weten wat de consequenties van een internationaal verdrag zijn en dit kan het draagvlak vergroten. Verdragen die hier niet aan voldoen moeten worden aangepast of opgezegd. De directe doorwerking van ieder verbindende

25 T. Zwart, ‘Biedt dat mensenrechtenhof weerwerk. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens trekt steeds meer macht naar zich toe. Regeringen kunnen daar best iets tegen doen’ *NRC* 17 januari 2011.

26 T. Zwart, ‘Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de Rechtsstaat’, *NJB* 2011, p. 415-417.

27 J. Gerards, ‘Waar gaat het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens eigenlijk over?’, *NJB* 2011, p. 608-612.

28 B.E.P. Myjer, *Het leest als een boek, Over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties moet worden afgeschaft.’

10 INTERPRETEERT HET EHRM TE ACTIVISTISCH?

Is het EHRM te activistisch geweest door bijvoorbeeld artikel 2 EVRM zo te interpreteren dat onder het recht op leven ook valt de positieve verplichting om passende maatregelen te nemen om het leven te beschermen van eenieder die onder de rechtsmacht van de staat valt en dat dat ook opgaat in geval van een natuur- of milieuramp? Of om artikel 8 EVRM zo te interpreteren dat de staat in milieukwesties de positieve verplichting heeft om redelijke en passende maatregelen te nemen ter bescherming van individuen tegen mogelijke ernstige milieuschade? Voor aanhangers van een originalistische interpretatiemethode (kort gezegd: het gaat om wat de makers indertijd voor ogen stond) zal het antwoord wellicht ja zijn. Hoewel, bij de makers van het EVRM stond uitdrukkelijk voor ogen dat het EHRM een dubbele taak had: toepassen en interpreteren. En zoals ik hieronder zal aanhalen, zijn de lidstaten (nog steeds) van mening dat het EHRM moet kunnen interpreteren ‘*giving appropriate consideration to present day conditions*’.

Mocht iemand naar voren willen brengen dat de Verdragsstaten wellicht genoeg hebben van het EVRM en het EHRM dat is belast is met de toepassing en interpretatie van het EVRM, dan wel met de verplichting zich te houden aan de einduitspraken van het Hof, dat wordt in elk geval niet met de mond beleden door de 47 Staten die partij zijn bij het EVRM. Sterker nog, de Staten hebben bij herhaling in allerlei officiële verklaringen bevestigd dat ze achter het EVRM en het Hof staan. Laatstelijk is dat gebeurd in de *High Level Conference meeting*, die op 12 en 13 april 2018 in Kopenhagen werd gehouden. De *Copenhagen Declaration* is de moeite van het lezen meer dan waard. Hier staat in elk geval nog eens – en zeer onlangs – op papier dat de 47 Verdragsstaten herbevestigen dat ze staan achter het EVRM, achter het EHRM en achter de verplichtingen die het zijn van partij bij het EVRM met zich brengt. Alleen al het eerste punt spreekt boekdelen:

‘The State Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) reaffirm their deep and abiding commitment to the Convention, and to the fulfilment of their obligation under the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention. They also reaffirm their strong attachment to the right of individual application to the European Court of Human Rights (“the Court”) as a cornerstone of the system for protecting the rights and freedoms set forth in the Convention.’

De onderdelen die betrekking hebben op het Hof geven aan dat de Verdragsstaten nog eens uitdrukkelijk erkennen dat het Hof het laatste woord heeft over de interpretatie van het EVRM. Wel kan tussen de regels door worden gelezen dat de lidstaten hopen dat het Hof voldoende rekening houdt met de beleids marge die lidstaten moeten kunnen hebben:

‘26. The Court provides a safeguard for violations that have not been remedied at national level and authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular, in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, giving appropriate consideration to present-day conditions.

27. The quality and in particular the clarity and consistency of the Court’s judgments are important for the authority and effectiveness of the Convention system. They provide a framework for national authorities to effectively apply and enforce Convention standards at domestic level.

28. The principle of subsidiarity, which continues to develop and evolve in the Court’s jurisprudence, guides the way in which the Court conducts its review.

a) The Court, acting as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level, may deal with a case only after all domestic remedies have been exhausted. It does not act as a court of fourth instance.

b) The jurisprudence of the Court makes clear that States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions.

c) The Court’s jurisprudence on the margin of appreciation recognises that in applying certain Convention provisions, such as Articles 8-11, there may be a range of different but legitimate solutions which could each be compatible with the Convention depending on the context. This may be relevant when assessing the proportionality of measures restricting the exercise of rights or freedoms under the Convention. Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court’s jurisprudence, the Court has generally indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are strong reasons for doing so.

d) The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system, and the decision as to whether there has been a violation of the Convention ultimately rests with the Court.’

Het kan in dit kader niet genoeg worden herhaald: het EHRM wordt derhalve door de 47 Verdragsstaten nog steeds uitdrukkelijk aangemerkt als *de* gezaghebbende autoriteit om het EVRM te duiden. En dat recht om het EVRM te interpreteren is ook exact wat in de taakomschrijving van het EHRM staat. Artikel 32 EVRM stelt: ‘De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij die aan het Hof worden voorgelegd (...)’ Ook is duidelijk dat het EHRM voor wat betreft de interpretatie te maken heeft met de regels die staan opgenomen in het Weens Verdragenverdrag (1969). Ik citeer als voorbeeld uit het arrest van de Grote Kamer in de zaak Mamatkulov and Askarov tegen Turkije:

‘111. The Court reiterates (...) that the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of treaties, (...). The Court must determine the responsibility of the States in accordance with the principles of international law governing this sphere, while taking into account the special nature of the Convention as an instrument of human rights protection (...). Thus, the Convention must be interpreted as far as possible consistently with the other principles of international law of which it forms a part.’²⁹

Ruimtegebrek verhindert mij hier verder in te gaan op de door het EHRM gebruikte interpretatiemethoden. Wie daar meer over wil lezen verwijs ik naar het onlangs verschenen heldere boek van Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*.³⁰

Ik hecht eraan daaraan het volgende toe te voegen: dankzij de omstandigheid dat een arrest van het EHRM altijd vermeldt wat de stemverhouding is geweest, is bekend dat het EHRM heus niet altijd unaniem is in zijn arresten. Zeker in de belangrijkste zaken – de Grote Kamer-zaken – is vaak goed zichtbaar dat er ook door de rechters van het EHRM op verschillende manieren wordt gekeken naar een voorliggende rechtsvraag. Soms blijkt uit *concurring opinions* dat zelfs de meerderheid verdeeld is over de meest gerede redenering. En soms ook is het EHRM (bijna) unaniem. Wat de meerderheid in een Grote Kamer heeft beslist, is in beginsel wel het (voorlopig) laatste woord. In het arrest in de zaak Vilho Eskelinen and Others tegen Finland stelde het EHRM bijvoorbeeld:

29 EHRM 4 februari 2005 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*).

30 J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

‘56. While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic approach would risk render it a bar to reform or improvement.’³¹

Dat betekent ook dat een nationale rechter mag varen op wat eerder door het EHRM in een arrest is vastgelegd. En laten we wel wezen: ik kan me niet voorstellen dat enig zinnig denkend mens zou kunnen argumenteren waarop de door de Hoge Raad aangehaalde uitleg van de artikelen 2 en 8 EVRM als een onaanvaardbare activistische interpretatie moet worden aangemerkt.

En nog even over dat zogenaamde activisme van het EHRM: ook als voormalig insider kan ik alleen maar onderstrepen wat de oud-president van het EHRM, G.J. Wiarda, in 1986 opmerkte in zijn inaugurele rede *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughoudendheid bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens*, in verband met het aanvaarden van de Tinbergen leerstoel:

‘Voortvarendheid en terughouding. De aan het hof verstrekte opdracht vraagt zowel om het een als om het ander. Terughouding behoeft hier ook niet altijd als tegenstelling tot voortvarendheid te worden gezien, maar het kan er ook de aanvulling op zijn. Over de vraag of hier een zeker evenwicht is bereikt, zal zeer verschillend worden gedacht. Veel te voortvarend, zal zeggen wie vreest voor al te ver gaande ingrepen in de zelfstandigheid van de nationale autoriteiten en voor de rechtsonzekerheid voortvloeiende uit een al te vaak opzij zetten van het nationale recht; veel te terughoudend zal het oordeel zijn van wie er alles aan is gelegen de internationale bescherming van de rechten van de mens te versterken en de daarin gelegen rechtswaarden steeds dieper het nationale recht van de bij de Conventie aangesloten staten te doen doordringen. Kritiek van beide kanten, die niet zelden wordt gehoord, kan er soms op wijzen, dat een zeker evenwicht is bereikt. Ik hoop dat dit ook hier het geval zal blijken te zijn en dat zo’n evenwicht in de jurisprudentie steeds duidelijker zichtbaar zal worden. De balans blijft het symbool van het recht, ook hier, maar ook een die moeilijk is te hanteren en er maar zelden in slaagt het evenwichtspunt met zo’n overtuigende kracht aan te tonen dat ieder zich daarmee kan verenigen.’³²

31 EHRM 19 april 2007 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*).

32 G.J. Wiarda, *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughoudendheid bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens*, Den Haag 1986.

En voor zover men mij toch nog zou willen tegenwerpen dat rechters in het EHRM van hun land losgezongen activisten zijn, kan ik ook nog wijzen op artikel 22 EVRM:

‘Voor elke Hoge Verdragsluitende Partij worden de rechters gekozen door de Parlementaire Vergadering (van de Raad van Europa, EM), met een meerderheid van de uitgebrachte stemmen, uit een lijst van drie kandidaten, voorgedragen door de hoge Verdragsluitende Partij.’

Het zijn de Verdragsstaten die de kandidaten voordragen die ook moeten voldoen aan de voorwaarden voor uitoefening van de functie (artikel 21 EVRM) en het zijn nationale parlementariërs die zitting hebben in de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa die de rechters kiezen. Getrapt democratischer kan bijna niet. En de verkiezings-procedure is ook nog eens met allerlei extra waarborgen omgeven.³³ En het tart werkelijk iedere verbeelding te veronderstellen dat er ook maar één lidstaat binnen de Raad van Europa bestaat die opzettelijk een lijst van 3 activistische kandidaten heeft voorgesteld.

Tot slot van deze paragraaf. Wie is geïnteresseerd in een recent ‘Straatsburgs’ antwoord op aantijgingen dat het EHRM op de stoel van de politiek gaat zitten, verwijs ik korthedshalve naar de boeiende inleiding van de vice-president van het EHRM, Robert Spano, gehouden op 20 februari 2020, in *The Inaugural Bonavero Institute Annual Human Rights Lecture: The Democratic Virtues of Human Rights Law – A Response to Lord Sumption’s Reith lectures*.

11 WAAR LEIDT HET BOVENSTAANDE TOE?

Mooier dan de plaatsvervangend PG en de AG het in hun conclusie en de Hoge Raad in het Urgenda-arrest hebben uitgelegd, kan ik het niet zeggen. Mijn opmerkingen zijn voornamelijk bedoeld als een stukje aanvullende uitleg. Er bestaat grote consensus van de dringende noodzaak om reeds in 2020 de uitstoot van broeikasgassen te verminderen met minimaal 25-40%. Als dat niet gebeurt ontstaat er een groot risico voor leven en welzijn van (ook) de Nederlandse burger. (Ik laat nog maar even daar dat het voor mensen in andere delen van de wereld waarschijnlijk nog veel desastreuzer zal worden, met als gevolg immense klimaatgerelateerde migratiestromen, waarin miljoenen mensen alleen al vanwege de ontstane droogte en de schaarste aan zoet drinkwater door de nood gedwongen op drift zullen raken). De Nederlandse regering had zich verbonden aan een reductie tot 20% in

33 Ik verwijs korthedshalve naar het uitgebreide rapport van het *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, *Selection and election of judges of the European Court of Human Rights*, Council of Europe 2018.

EU-verband en was daarover niet door het parlement teruggefloten. De rechter nam – desgevraagd door Urgenda – toen de verantwoordelijkheid. Op een eensgezinde manier: rechtbank, hof de P-G bij de Hoge Raad en de Hoge Raad zelf. Door te bevelen dat in elk geval in 2020 de noodzakelijke minimale reductie van 25% moet worden gehaald. In Nederland. En het is de taak van de regering om de manier waarop dat gebeurt verder in te vullen.

De rechter toetste conform de artikelen 93 en 94 Grondwet rechtstreeks aan het EVRM, zoals dat is uitgelegd door het EHRM. Het EVRM, waarvan ook Nederland nog in de *Copenhagen Declaration* (2018) het grote belang mede had herbevestigd, waarbij ook nog eens uitdrukkelijk werd gesteld dat het aan het EHRM is het EVRM te interpreteren. Er was haast geboden. Het vragen van een ‘*advisory opinion*’ aan het EHRM conform het splinternieuwe Protocol 16 was voor de Hoge Raad niet nodig. Uit de hierboven aangehaalde opmerking van de president van het EHRM over het Urgenda-arrest valt tenminste af te leiden dat de president van het EHRM met instemming heeft kennisgenomen van de manier waarop de Hoge Raad in deze klimaatzaak het EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM, heeft toegepast. Wie mocht suggereren dat het EHRM in zijn door de Hoge Raad aangehaalde interpretatie van het EVRM zelf een te activistische interpretatie heeft gegeven, wordt in die opvatting in elk geval niet gesteund door de 47 Verdragsluitende Staten. Zij hebben, laatstelijk in de *Copenhagen Declaration*, keer op keer bevestigd dat het – conform artikel 32 EVRM – aan het EHRM is het EVRM te interpreteren, en dat laatste ‘*giving appropriate consideration to present day conditions*’. En het EHRM pleegt dat te doen, in een evenwicht tussen rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughoudendheid.

Dat er lieden zijn die liever hadden gezien dat de Urgenda-zaak een andere uitkomst zou hebben gehad, valt nog te begrijpen. De te nemen maatregelen om de reductie van de uitstoot van broeikasgassen in 2020 met minimaal 25% te verminderen, zullen bepaalde beroepsgroepen zwaarder treffen dan andere. Maar de manier waarop een aantal lieden zich niet gehinderd door enige deskundige kennis heeft uitgelaten over de onafhankelijke rechters die in de Urgenda-zaak hebben geoordeeld, verbijstert mij. Alsof de waarheid er niet meer toe doet. Het zou goed zijn geweest als alle politieke voorlieden zich van hun verantwoordelijkheid zouden hebben gekweten en een voorbeeld zouden hebben genomen aan het hierboven aangehaalde stukje van toenmalig minister-president Wim Kok. Uitleggen aan de achterban wat de spelregels zijn in een democratische rechtsstaat. Uitleggen wat er allemaal echt op het spel staat. En wellicht ook beter kennismaken van een AIV-advies als: *De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa*. Inclusief wat er mis is aan die erosie.