

Laura Davies

4.1 INLEIDING¹

Op 11 mei 2023 stuurt advocatenkantoor Kennedy Van der Laan een brief aan premier Mark Rutte waarin het kantoor, namens de inwoners van Bonaire en Greenpeace Nederland, eist dat de staat verantwoordelijkheid neemt voor de veiligheid en het voortbestaan van Bonaire. Volgens de brief lopen het Caribisch eiland en zijn inwoners gevaar door de dreigende gevolgen van klimaatverandering. Hoewel Bonaire geografisch gezien een kleine 8000 kilometer bij Nederland vandaan ligt, maakt het – net zoals Saba en St.-Eustatius, tezamen de BES-eilanden – juridisch gezien deel uit van Nederland als ‘bijzondere gemeente’. Op grond van internationale verdragen zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), maar ook volgens het *Urgenda*-vonnis van de Hoge Raad, is de Nederlandse staat verplicht om alle Nederlandse staatsburgers te beschermen tegen de gevaren van de klimaatcrisis.² Volgens de eisers van de sommatiebrief richt de staat zich echter uitsluitend op de bescherming van het Europese deel van Nederland waardoor de inwoners van Bonaire ongelijk worden behandeld. En dat terwijl Caribisch Nederland naar verwachting het zwaarst zal worden getroffen door de gevolgen van klimaatverandering.³ Zo loopt één vijfde van het eiland het risico om tegen het einde van deze eeuw te worden opgeslokt door de zee – mede doordat koraalriffen verdwijnen waardoor hun natuurlijke functie als golfbrekers vervalst – en zullen hittegolven toenemen waardoor het leven op Bonaire permanent wordt bedreigd, hetgeen zijn weerslag heeft op de biologische en economische gezondheid van de inwoners.⁴ Om deze reden eisen de inwoners samen met Greenpeace Nederland dat de Nederlandse staat ‘adaptatiemaatregelen’ treft. Dit houdt in dat de staat meer onderzoek moet doen en passende maatregelen moet nemen om de inwoners van Bonaire te beschermen tegen de gevolgen van klimaatverandering.⁵ Daarnaast wordt er in de brief geëist dat de Nederlandse staat de schade

1 Mijn dank gaat uit naar de redactie, Sophia de Vries en Chiel Kuypers voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van deze publicatie.

2 Kennedy Van der Laan 2023, par. 5; [greenpeace.org](https://www.greenpeace.org); Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 (*Urgenda*).

3 Kennedy Van der Laan 2023, par. 5.

4 Kennedy Van der Laan 2023, par. 4.

5 Kennedy Van der Laan 2023, par. 8.

‘mitigeert’ door actief bij te dragen aan het beperken van de mondiale uitstoot van broeikasgassen en het beperken van de opwarming van de aarde.⁶ De brief besluit ermee dat indien de partijen binnen vier maanden niet tot schriftelijke afspraken kunnen komen, ze de kwestie zullen voorleggen aan de rechter.⁷

Deze zaak past in een trend waarbij er steeds vaker een beroep wordt gedaan op de nationale rechter om bescherming te zoeken voor fundamentele rechten die in gevaar komen, of dreigen te komen, door klimaatverandering. Dergelijke zaken onderscheiden zich op twee punten van andere rechtszaken, waardoor ze niet adequaat kunnen worden opgelost binnen onze huidige manier van denken over recht en rechtspraak. Ten eerste worden ze gekenmerkt door een hoge mate van ‘empirische onzekerheid’ wat betreft zowel de oorzaken als de (mogelijke) gevolgen van klimaatverandering. Het is vaak onzeker waar, wanneer en op welke manier de gevolgen van klimaatverandering zullen intreden, wie erdoor getroffen worden en in welke mate. Ook is niet altijd duidelijk hoe deze gevolgen samenhangen met een specifieke oorzaak of verantwoordelijke actor. Ten tweede hebben deze zaken een tijds- en grensoverschrijdend karakter waardoor onzekerheid bestaat over de toepasbare juridische regels. Dit uit zich in ‘normatieve onzekerheid’.

Empirische en normatieve onzekerheid zijn inherent verbonden aan klimaatverandering en daarmee plaatsen ze de rechter in een moeilijke positie. Op beleidsniveau of in de politieke arena worden deze onzekerheden namelijk nogal eens aangegrepen als een excuus voor uitstelgedrag. Zolang de impact van klimaatverandering binnen de grenzen van de eigen jurisdictie onvoldoende zichtbaar is, ontbreekt de noodzakelijke urgentie en blijven politici en beleidsmakers cruciale maatregelen voor zich uit schuiven. Individuen of belangenorganisaties die deze status quo niet accepteren, richten zich steeds vaker tot de (nationale) rechter. Dit brengt de rechter in een lastige positie en dwingt hem op onontgonnen – en qua politieke gevoeligheid spiegelglad – terrein. Wanneer de rechter een uitspraak doet in zulke onzekere zaken krijgt hij vaak het verwijt dat hij ‘op de stoel van de wetgever’ plaatsneemt, politiek beladen uitspraken doet of zich schuldig maakt aan rechterlijk activisme.

Hoewel deze onzekerheid niet uniek is voor klimaatzaken, is klimaatverandering een van de grootste uitdagingen van onze tijd, waarvan de gevolgen in de toekomst vermoedelijk vaker zullen leiden tot schendingen van fundamentele rechten. Daarom vormt de eis van de inwoners van Bonaire en Greenpeace Nederland een treffend voorbeeld van de uitdagingen die onzekerheid met betrekking tot het recht en de rechtspraak met zich meebrengt. De centrale vraag in deze bijdrage is dan ook: hoe kan de rechter omgaan met onzekerheid in zaken die hierdoor worden gekenmerkt? De hierboven geschetste zaak wordt daarbij als illustratie gebruikt.

In de volgende paragraaf zal een onderscheid worden gemaakt tussen empirische onzekerheid (par. 2.1) en normatieve onzekerheid (par. 2.2). Aangezien

6 Kennedy Van der Laan 2023, par. 12.

7 Kennedy Van der Laan 2023, par. 90-91.

deze onzekerheden in de toekomst niet zullen verdwijnen, zal ik daarna twee manieren bieden om te kunnen omgaan met deze onzekerheden (par. 3). Tot slot is paragraaf 4 gewijd aan de implicaties die dit kan hebben voor de rechtspraak en de rol van de rechter. Hierbij wordt een drietal rechterlijke vaardigheden aangereikt waar de rechter op kan terugvallen wanneer hij wordt geconfronteerd met dergelijke onzekerheden. Deze vaardigheden kunnen echter alleen tot bloei komen in een omgeving waar daarvoor tijd en ruimte wordt gecreëerd. In dat opzicht dient deze bijdrage als een reflectie op de rol van de rechter aan de ene kant, en op de mate waarin beleidsmakers en kritische media de rechterlijke macht de ruimte geven om deze rol verder vorm te geven aan de andere kant.

4.2 MODERNE ONZEKERHEDEN⁸

Rechtszaken over klimaatverandering worden gekenmerkt door een hoge mate van onzekerheid. Deze onzekerheid heeft te maken met de feiten over de oorzaken en gevolgen van klimaatverandering (empirische onzekerheid) en met de toepasbare juridische normen om klimaatverandering voor de rechter te brengen (normatieve onzekerheid). Het gaat hierbij niet over traditionele rechterlijke onzekerheden, zoals het vaststellen van de precieze feiten van de zaak, de motieven van de dader en de effecten van een op te leggen straf. Klimaatzaken boren een nieuw soort onzekerheid aan die niet altijd oplosbaar is. Dit geldt overigens ook voor andere moderne uitdagingen zoals internationaal terrorisme, wereldwijde pandemieën en cyberveiligheid. Bij deze zaken hebben beleid, economische activiteiten en rechterlijke beslissingen die in één territoriale staat op een bepaald moment worden genomen, vaak een indirecte en onvoorspelbare maar ook onbetwistbare en onherstelbare impact op de leefwereld van mensen die op andere plekken leven of deel uitmaken van een andere (toekomstige) generatie. Dit tijds- en grensoverschrijdende aspect botst met het nationale karakter dat het recht van oudsher kenmerkt. Tot circa 75 jaar geleden was de wereld nog redelijk overzichtelijk onderverdeeld in losse natiestaten en koloniën waarbinnen het nationale recht gold voor alle partijen die zich op dat moment op het grondgebied van de staat bevonden. Maar bij klimaatverandering is het onzeker wie de betrokken partijen zijn, op welk grondgebied zij zich (zullen) bevinden, wanneer de gevolgen precies intreden en wat hun omvang zal zijn. Dit leidt tot nieuwe, moderne onzekerheden die hieronder zullen worden gekarakteriseerd als empirisch (par. 2.1) en normatief (par. 2.2).

⁸ Deze paragraaf bouwt voort op: Davies en Henderson 2023.

4.2.1 Empirische onzekerheid

Rechtszaken over klimaatverandering zijn dermate complex dat ze leiden tot empirische onzekerheid. Problemen kunnen als complex worden beschouwd wanneer de variabelen van een systeem onderling afhankelijk zijn. Dit betekent dat het veranderen van één element van het systeem impact heeft op het systeem als geheel.⁹ Wereldwijde klimaatverandering is zo'n complex systeem. Manipulatie van één variabele van het klimaat beïnvloedt vele andere variabelen én het systeem als geheel op manieren die niet volledig voorspelbaar zijn. Hierdoor ontstaat empirische onzekerheid over de gevolgen die een bepaalde regeling kan hebben op klimaatverandering. Deze onzekerheid komt voor in twee vormen: ofwel door een gebrek aan beschikbare kennis, bijvoorbeeld doordat er te weinig onderzoek naar is gedaan, ofwel doordat de kennis in essentie onkenbaar is.¹⁰ Bij de klacht die de inwoners van Bonaire en Greenpeace Nederland indienen tegen de Nederlandse staat is sprake van beide vormen.

Ten eerste is er een gebrek aan kennis die in principe kenbaar zou kunnen zijn maar dat op dit moment niet is. In de sommatiebrief wordt de Nederlandse staat nadrukkelijk verweten dat die geen of onvoldoende onderzoek heeft laten verrichten naar de specifieke impact van klimaatverandering op Bonaire. Ook het gebrek aan onderzoek naar concrete maatregelen om deze gevolgen te beperken wordt de staat aangerekend.¹¹ Hoewel Nederland de afgelopen jaren veel geld en tijd heeft vrijgemaakt voor intensief onderzoek naar de gevolgen van klimaatverandering en de benodigde maatregelen voor het Europese deel van Nederland, is er niet of nauwelijks geïnvesteerd in onderzoek naar de gevolgen en maatregelen voor Caribisch Nederland. 'Geen van de onderzoeken van de afgelopen decennia en geen van de vele adaptatiemaatregelen heeft betrekking op Bonaire (c.q. de BES-Eilanden)', stellen de eisers in hun brief.¹² Hier betreft het empirische kennis die in principe kenbaar is, maar waarnaar geen adequaat onderzoek is uitgevoerd. Een bemoeilijkende factor bij een gebrek aan deze vorm van beschikbare kennis is urgentie. Het is niet altijd wenselijk om te wachten met het nemen van een beslissing totdat volledige informatie beschikbaar is. Wat betreft klimaatverandering wordt verwacht dat, hoe langer een beslissing wordt uitgesteld, hoe minder opties er beschikbaar zullen zijn om de negatieve gevolgen van klimaatverandering in te perken. In de brief wordt verwezen naar de Nationale Klimaatadaptatiestrategie uit 2016 en de evaluatie ervan in 2022. Hierin wordt gesteld dat er 'steeds minder tijd [is] om ons aan het veranderende klimaat aan te passen.'¹³ Tegen de tijd dat we over de volledige gegevens beschikken, is de schade al aangericht.

9 Müller-Mall 2013, p. 26-27.

10 Tai 2009, p. 671-677.

11 Kennedy Van der Laan 2023, par. 19.

12 Kennedy Van der Laan 2023, par. 31.

13 Evaluatie van de NAS in 2022, zoals samengevat op de website Klimaatadaptatienederland.nl, <https://klimaatadaptatienederland.nl/actueel/actueel/nieuws/2022/aanbevelingen-uitvoering-nas-versnellen>, geraadpleegd op 26 mei 2023.

Ten tweede is sommige kennis in essentie onkenbaar. Dat heeft te maken met de complexiteit van klimaatverandering waarbij verschillende ontwikkelingen binnen het klimaatsysteem interacteren met andere complexe systemen, zoals volksgezondheid of bestuur.¹⁴ Zo is het verdwijnen van de koraalriffen een van de verwachte gevolgen van klimaatverandering op Bonaire. Het koraal op Bonaire vervult verschillende ecologische, culturele en economische functies waardoor de verwachte gevolgen groter zijn dan het verdwijnen van het koraal alleen. Koraalriffen zijn natuurlijke golfbrekers waardoor ze de kust van het eiland beschermen tegen golven en stromingen.¹⁵ Wanneer deze golfbrekers wegvallen kunnen grote delen van het land onder water komen te staan, hetgeen weer kan leiden tot schade aan gewassen en landbouwgrond met voedseltekorten en ondervoeding als mogelijk gevolg. Daarnaast brengt de verwachte temperatuurstijging een risico met zich mee voor de fysieke en economische gezondheid van de inwoners van Bonaire. Deze risico's kunnen zich voordoen in de vorm van hittestress en doordat bepaalde parasieten zoals muggen en teken beter gedijen bij hogere temperaturen. Op deze manier zullen in de toekomst bepaalde door insecten overdraagbare ziekten zoals malaria, dengue, Lyme en het Zikavirus in toenemende mate de gezondheid van de bewoners en bezoekers van Bonaire bedreigen.¹⁶ De combinatie van voedseltekorten en ziekte kan vervolgens politieke ontwikkelingen beïnvloeden met instabiliteit binnen de staat als gevolg of migratie naar andere delen van de wereld. Daarnaast hebben de riffen een culturele waarde voor de inwoners en vervullen ze een belangrijke rol bij het toerisme. Veel inwoners zijn economisch afhankelijk van de aantrekkingskracht die de koraalriffen en het kleurrijke onderwaterleven hebben op snorkelaars en duikers van over de hele wereld. Hierdoor heeft het verdwijnen van het koraal gevolgen voor de natuurlijke omgeving maar ook voor de economie, de werkgelegenheid en het voortbestaan van de cultuur op Bonaire.¹⁷ Samen creëren deze factoren een gecombineerd risico waarbij de netto-effecten groter zijn dan de som der delen.¹⁸

Deze complexiteit maakt dat het in essentie vrijwel onmogelijk is om de regelmaat, omvang, locatie en waarschijnlijkheid te bepalen van de schade die klimaatverandering kan veroorzaken. Ook is de tijdspanne tussen de temperatuurstijging als gevolg van klimaatverandering en de daadwerkelijke impact van de schade nagenoeg niet vast te stellen. Het is evenzo moeilijk om te voorspellen hoe vaak natuurrampen zoals overstromingen zich in de toekomst zullen voordoen, wat de duur en omvang van de gevolgen zullen zijn, en op welke specifieke locaties de schade zal optreden. Bovendien is het lastig om de impact van de schade in te schatten, en of deze impact betrekking heeft op de menselijke gezondheid, het verlies van biodiversiteit, het verlies van landbouw-

14 Oppenheimer 2014, p. 1050-1051.

15 Kennedy Van der Laan 2023, par. 22.

16 Kennedy Van der Laan 2023, par. 21; Van Beukering, Baertz en Van Oosterhout 2022, p. 16-17.

17 Kennedy Van der Laan 2023, par. 22.

18 Oppenheimer 2014, p. 1057.

opbrengsten of een combinatie ervan. Tot slot is het bepalen van de schaal van de impact – of deze nu regionaal, continentaal of mondiaal is – een complexe en onzekere taak.¹⁹

4.2.2 Normatieve onzekerheid

Normatieve onzekerheid komt voort uit het gegeven dat klimaatverandering zich niets aantrekt van landsgrenzen en afgebakende jurisdicties, terwijl het huidige rechtssysteem juist op deze grenzen en jurisdicties is gebaseerd. Traditioneel gezien vormen territoriale soevereiniteit en afgebakende jurisdicties de kern van het internationale rechtssysteem. Zo is het bijvoorbeeld vereist om een band te hebben met het grondgebied van een staat om aanspraak te kunnen maken op diens rechtsmacht bij een schending van internationaal recht.²⁰

Onzekerheid is normatief van aard wanneer het onduidelijk is welke juridische normen van toepassing zijn. Bij rechtszaken aangaande klimaatverandering zijn er vaak meerdere juridische normen uit verschillende rechtsordes toepasbaar. Het gaat dan zowel om nationale wetten als om Europese verdragen, internationale mensenrechten en normen met een transnationale of ‘hybride’ oorsprong.²¹ Hierbij is het onzeker welke normen precies van toepassing zijn, hoe de onderlinge hiërarchie ligt en hoe de toepasbare norm moet worden geïnterpreteerd.²² Zo wordt er in de sommatiebrief van de bewoners van Bonaire en Greenpeace Nederland verwezen naar Europese normen (art. 2, 8 en 14 EVRM²³ en de Europese klimaatwet²⁴), internationale normen (art. 27 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)²⁵ en het Parijs-akkoord²⁶), nationale wetten (art. 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW))²⁷ en normen met een hybride oorsprong zoals het Verdrag van Aarhus.²⁸ De juridische normen die door middel van het Verdrag van Aarhus worden gecreëerd, kunnen hybride worden genoemd, omdat de oorsprong van deze normen zowel door binnenlandse als door internationale elementen van juridische normativiteit worden samengesteld. Het karakter kan niet worden herleid tot een louter binnenlandse of internationale oorsprong.²⁹ Een bemoeilijkende factor bij klimaatzaken is daarnaast dat het heersende recht constant aan verandering onderhevig is. Geen ander rechtsgebied maakt momenteel zoveel ontwikkeling door als de klimaat- en milieuwetgeving. Deze ontwikkelingen variëren

19 De Sadeleer 2016, p. 21.

20 Ryngaert 2015, p. 66; Wewerinke-Singh en De Jong 2022, p. 176.

21 Burchardt 2007; Shaffer 2016, p. 1.

22 Müller-Mall 2013, p. 12 en Davies en Henderson 2023, p. 6.

23 Kennedy Van der Laan 2023, par. 9, 12, 36, 37, 40, 41, 42, 48, 50, 62 en 70.

24 Kennedy Van der Laan 2023, par. 65.

25 Kennedy Van der Laan 2023, par. 36.

26 Kennedy Van der Laan 2023, par. 14, 61, 63, 65, 66, 79, 81 en 87.

27 Kennedy Van der Laan 2023, par. 36 en 50.

28 Kennedy Van der Laan 2023, par. 40 en 51.

29 Burchardt 2007, p. 312-313.

van het toekennen van rechten aan dieren³⁰ en rechten voor de natuur³¹ tot de strafbaarstelling van ecocide in het Wetboek van Strafrecht.³² Deze ontwikkelingen maken het aannemelijk dat normatieve onzekerheid in klimaatzaken de komende jaren alleen maar zal toenemen.

Kortom, klimaatzaken worden gekenmerkt door zowel empirische als normatieve onzekerheid. Vaak komen deze zaken uiteindelijk terecht bij de nationale rechter. Ook de inwoners van Bonaire en Greenpeace Nederland besluiten hun sommatiebrief met de woorden dat, indien ze met de Staat niet binnen vier maanden tot schriftelijke afspraken kunnen komen, ze zich genoodzaakt zien de kwestie aan de rechter voor te leggen. De rechter wordt hierdoor geconfronteerd met een dilemma. Duidelijke feiten zijn nodig om een weloverwogen oordeel te vellen, en heldere juridische normen om de voorgelegde rechtsvraag te kunnen beantwoorden. Het ontbreekt echter aan beide, terwijl voor een rechtvaardig vonnis toch een dringende beslissing vereist is.

4.3 HOE OM TE GAAN MET ONZEKERHEID IN HET RECHT?

Het recht verdraagt onzekerheid slecht. In essentie houdt het recht zich bezig met begrippen die verband houden met zekerheid en stabiliteit, zoals ‘waarheidsvinding’, ‘rechtszekerheid’ en het vellen van een finaal vonnis. De normatieve en empirische onzekerheden die kenmerkend zijn voor klimaatzaken vertroebelen daarmee het traditionele beeld van het recht en de rechtspraak. Hieronder (par. 3.1) wordt bekeken hoe het ‘voorzorgsprincipe’ uitkomst kan bieden bij empirische onzekerheid. In paragraaf 3.2 wordt een alternatieve visie geboden op het recht en de rechtspraak, die tegemoetkomt aan de normatieve onzekerheid. Deze visie erkent de inherente onzekerheid van klimaatzaken en legt een grotere nadruk op de vaardigheden en persoon van de rechter. In paragraaf 4 worden vervolgens drie rechterlijke vaardigheden beschreven die de rechter kunnen helpen om in dergelijke onzekere zaken toch recht te spreken.

4.3.1 *Omgaan met empirische onzekerheid*

Wetenschap is onzeker en dat geldt bij uitstek voor de klimaatwetenschap. Zoals hierboven uiteengezet, is dat niet altijd op te lossen door meer informatie te verzamelen. Soms is informatie in essentie onbereikbaar en in andere gevallen ontbreekt het aan de luxe om te wachten totdat er meer informatie beschikbaar is. Toch zullen klimaatzaken de komende jaren in toenemende mate de weg naar de rechtszaal vinden en moet de rechter hierover een oordeel vellen.

30 Zie bijv. Vink 2020.

31 Zie bijv. Den Outer 2023.

32 Op 20 november 2023 is er een wetsvoorstel ingediend om de strafbaarstelling van ecocide op te nemen in het Wetboek van Strafrecht. Zie: *Kamerstukken II 2023/24, 36475*, nr 2.

Empirische onzekerheid heeft betrekking op zaken die in essentie onkenbaar zijn en op zaken die in principe kenbaar zijn, maar dat op dit moment nog niet zijn. Een manier waarop met deze onzekerheid kan worden omgegaan is door het voorzorgsprincipe te hanteren. Het voorzorgsprincipe vereist dat het ontbreken van empirische zekerheid de invoering van preventieve maatregelen die zijn bedoeld om het milieu te beschermen niet mag vertragen. Wanneer naar dit principe wordt gehandeld, is het dus niet vereist dat al het wetenschappelijk bewijs kenbaar is, alvorens een autoriteit preventief kan optreden.³³ Het voorzorgsprincipe nodigt de besluitvormer uit om rekening te houden met aanzienlijk uitgebreide tijdschalen wanneer er onzekerheid bestaat over de periode tussen een oorzaak en de manifestatie van een daaruit voortvloeiend schadelijk gevolg.³⁴ Hoewel het voorzorgsprincipe in Nederland aan invloed wint, is het niet expliciet verankerd in de Grondwet (zoals in Frankrijk) of in specifieke volksgezondheids- of milieuwetgeving (zoals in Duitsland). In plaats daarvan wordt het principe incidenteel aangehaald in beleidsdocumenten³⁵ of in juridische procedures. Hierbij wordt dan vaak verwezen naar uitspraken van het Europees Hof van Justitie,³⁶ internationale verdragen³⁷ of beleidsdocumenten van de Europese Commissie.³⁸ De discussie over hoe de nationale rechter het voorzorgsprincipe zou moeten hanteren vraagt echter om meer onderzoek. Een rechter die het voorzorgsprincipe hanteert, moet zich in ieder geval een voorstelling proberen te maken van de gevolgen die mogelijk optreden bij het volgen van bepaald beleid en bij het toestaan of afwijzen van bepaalde handelingen. Dit veronderstelt een grote mate van verbeeldingskracht van de betreffende rechter. In paragraaf 4 zal verder op deze verbeeldingskracht worden ingegaan.

4.3.2 *Omgaan met normatieve onzekerheid*

In tegenstelling tot empirische onzekerheid die zich bezighoudt met feiten die voortkomen uit de 'echte wereld', ziet normatieve onzekerheid op normen die door mensen zijn gemaakt en door mensen kunnen worden veranderd. Alleen zien we het recht vaak niet als iets dat aan menselijk handelen onderworpen is maar veeleer als een vaststaand feit. Dit heeft te maken met de dominante visie op de rechtspraak die het recht veronderstelt als een stabiel geheel dat – mits correct gehanteerd – juiste en zekere antwoorden kan voortbrengen. Iris van Domselaar maakt in dezen een onderscheid tussen een stabiliserende en een destabiliserende visie op de rechtspraak.³⁹ Binnen een stabiliserende visie geeft

33 De Sadeleer 2016, p. 20.

34 De Sadeleer 2016, p. 22.

35 Bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27428, nr. 2 (Beleidsnota Biotechnologie).

36 Bijv. EHRM 27 januari 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0127JUD006702101 (*Tătar/Romania*).

37 Bijv. Report on The United Nations Conference on Environment and Development (12 augustus 1992), A/CONF.151/26 (Vol. I).

38 Communication from the Commission on the precautionary principle (COM/2000/0001).

39 Van Domselaar 2011 en Van Domselaar 2014.

het recht altijd een antwoord op ieder juridisch vraagstuk, waardoor de rechter zich onpersoonlijk kan opstellen en deze visie betrouwbaarheid, stabiliteit en comfort uitstraalt. Daartegenover staat een destabiliserende visie op de rechtspraak. Vanuit deze visie is het recht intrinsiek onzeker en kan het niet altijd een antwoord uitwijzen, waardoor de rechter zich actiever moet opstellen en de visie ontregelt en destabiliseert.

Vanuit een stabiliserende visie zijn juridische kwesties altijd ‘beslisbaar’ op basis van het recht. Ook wanneer het gaat om complexe juridische vraagstukken is het juiste antwoord altijd te vinden. Deze visie beziet het recht daarom als een coherent en consistent geheel van rechtsbronnen (zowel wetten en jurisprudentie als rechtsbeginselen).⁴⁰ Het recht wordt daarmee, in dworkiniaanse termen, begrepen als een naadloos geheel (een ‘seamless web’) waarbinnen rechtsvragen altijd rationeel kunnen worden beantwoord. Ook indien de wet het antwoord op een rechtsvraag niet expliciet geeft, zou de rechter het juiste antwoord kunnen vinden door aan te sluiten bij eerdere rechtspraak en een opening te bieden voor rechtspraak die erna volgt. Zoals verschillende auteurs van een ‘kettingroman’ opeenvolgende hoofdstukken schrijven die de reeds bestaande verhaallijn aanvullen en mogelijkheden openhouden voor het volgende plot. Hoewel Dworkin overigens niet ontkent dat onzekerheid in het recht bestaat, betoogt hij dat de wet bezien moet worden alsof het een ‘seamless web’ is; een samenhangende set van regels en principes met een bepaalde innerlijke logica.⁴¹ Binnen dit naadloze geheel moet een rechter het juiste antwoord zoeken. Aangezien dat vaak geen gemakkelijke exercitie is, zet Dworkin de halfgod Hercules in als metafoor voor een ideale rechter die altijd een ‘juist antwoord’ kan vinden in de wet.⁴²

Hoewel er in de rechtspraak altijd een lacune bestaat tussen de algemeenheid van een wet (de wet is voor iedereen gelijk) en de uniciteit van elke casus (elk geval is anders), legt een stabiliserende visie het primaat bij de algemeenheid van de wet.⁴³ Persoonlijke motieven of overwegingen van de rechter zijn juridisch gezien irrelevant en onwenselijk. De rechter doet er goed aan zich zo neutraal, onpartijdig en onpersoonlijk mogelijk op te stellen; gehuld in toga en het liefste nog afgetopt met een pruik.

Een stabiliserende visie op de rechtspraak straalt betrouwbaarheid, stabiliteit en comfort uit. Deze visie is comfortabel voor het rechterlijk instituut, de rechtzoekende en de individuele rechter zelf. Doordat van rechters wordt verwacht dat ze allen gebonden zijn aan één naadloos en alomvattend systeem wordt het rechterlijk instituut ook beschouwd als één orgaan, sprekend met één mond waarbinnen de opvattingen van individuele rechters geen rol spelen. Om diezelfde reden hoeven rechtzoekende burgers zich niet af te vragen of hun rechtsvragen bij de rechtbank in Den Haag anders worden beoordeeld dan bij

40 Van Domselaar 2011, p. 1033.

41 Dworkin 1977, p. 141-145.

42 Dworkin 1977, p. 115 e.v.

43 Van Domselaar 2011, p. 1034.

de rechtbank in Utrecht; het recht spreekt immers overal en tegen iedereen met dezelfde objectieve stem. Dit draagt bij aan de rechtszekerheid en het vertrouwen in een robuust, stabiel en objectief systeem. Ten slotte heeft deze visie een stabiliserende uitwerking op de rechters zelf. Door de rechtspraak te bezien als objectief en stabiel wordt de rechter gevrijwaard van onzekerheid en kwetsbaarheid. In normale gevallen, dat wil zeggen gevallen waarin de rechtspraak naar behoren functioneert en er geen rechterlijke dwalingen of fouten optreden, behoort het leed of de schade die voortvloeit uit de rechterlijke beslissing niet tot de zorg van de rechtspraak.⁴⁴ Hoewel de verliezende partij na een rechterlijk oordeel boos of gefrustreerd kan zijn, is er juridisch gezien geen sprake van moreel verlies.⁴⁵ In plaats daarvan bestaat er in de woorden van Dworkin 'bare harm'; een subjectieve en juridisch irrelevante ervaring van de verliezende partij.⁴⁶ Zolang menselijk lijden objectief kan worden gerechtvaardigd door iets wat 'de wet' genoemd wordt, maakt de rechtsorde wat dat betreft geen 'vuile handen'.⁴⁷

Echter, hoe comfortabel de stabiliserende visie op de rechtspraak ook is, ze is moeilijk te rijmen met klimaatzaken waarin zowel de feiten van de onderhavige zaak als de toepasbare normen onzeker zijn. De stabiliserende visie op rechtspraak laat zich versimpeld samenvatten als het toepassen van de juiste wet op de feiten van een zaak. Klimaatzaken laten zien dat zowel de juiste wet als de feiten vaak inherent en onoverkomelijk onzeker zijn. Terwijl een stabiliserend model van rechtspraak stelt dat een rechter de wet moet benaderen alsof het een 'naadloos web' is met een coherente drijvende wil, leggen deze onzekerheden bloot dat dergelijke coherentie fictie is.⁴⁸ Op deze manier laten klimaatzaken zien dat het navigeren door een mijnenveld van onzekerheden zelfs voor een halfgod als Hercules een onmogelijke opgave is.

Een destabiliserende visie op de rechtspraak gaat ervan uit dat enkel het recht onvoldoende is om tot een juist oordeel te komen. Hoewel rechtsregels, jurisprudentie, en rechtsbeginselen wel een rol spelen, hebben ze niet het primaat.⁴⁹ In Nederland kan Paul Scholten worden gezien als pleitbezorger van deze visie, omdat hij met zijn 'sprong' erkent dat niet alle antwoorden in de wet besloten liggen. Derrida gaat nog een stap verder en ziet het moment van rechterlijke beslissing als een 'moment van waanzin' dat legaal noch illegaal is; legitiem noch illegitiem.⁵⁰ Volgens Derrida zijn wetten altijd door mensen gemaakt en daardoor aan menselijke interpretatie onderhevig.⁵¹ Ze zijn subjectief in plaats van absoluut. Daarmee zijn 'wetten' van een geheel andere orde dan 'rechtvaardigheid'. Rechtvaardigheid is iets absoluuts, iets mystieks dat zich buiten de

44 Van Domselaar 2011, p. 1032.

45 Van Domselaar 2011, p. 1035.

46 Dworkin 1985, p. 80.

47 Wolcher 2008, p. 25.

48 Ferguson 2018, p. 65–67.

49 Van Domselaar 2011, p. 1035.

50 Derrida 1992, p. 14.

51 Derrida 1992, p. 14.

wet afspeelt. Als wetten door mensen zijn gemaakt, hebben ze geen natuurlijk of goddelijk gezag. Rechtvaardigheid heeft dat echter wel.⁵² Daarmee is rechtvaardigheid niet alleen absoluut, maar tevens onbereikbaar voor de gewone sterveling. Op het moment dat men probeert om deze absolute notie van rechtvaardigheid in een wet te vangen, wordt ze weer door de mens gemaakt en vervalt ze tot een construct. Hoewel Derrida rechtvaardigheid beschouwt als iets onbereikbaars, leidt dit niet tot een nihilistische of cynische zienswijze. Volgens Derrida moeten we blijven streven naar rechtvaardigheid, ook al zijn we ons er volledig van bewust dat we dit nooit zullen bereiken. Derrida spreekt over een toekomstig aantreden van rechtvaardigheid (*la justice reste à venir*).⁵³ Dat 'rechtvaardigheid nog moet komen' betekent geenszins dat ze morgen voor de deur staat, noch dat we haar in de toekomst zouden kunnen bereiken. Het gaat hierbij om de belofte dat ooit, op een messiaans moment, rechtvaardigheid aan ons zou kunnen verschijnen.⁵⁴ Hoewel de wet deze rechtvaardigheid nimmer in haar boeken kan vangen, moeten rechters, juristen en beleidsmakers blijven streven naar rechtvaardigheid, zij het in de volle wetenschap dat ze haar nooit zullen bereiken. De rechter kan er niet van uitgaan dat rechtvaardigheid in het naadloze geheel van wetten gevangen zit, maar moet accepteren dat een rechterlijke beslissing altijd een sprong in het onzekere impliceert.

Op deze manier wordt vanuit de destabiliserende visie de nadruk gelegd op de vaardigheden waarover een rechter zou moeten beschikken. Destabiliserende rechtspraak hecht daarom groot belang aan een cruciale en veelomvattende opleiding voor rechters. Martha Nussbaum pleit bijvoorbeeld voor meer humanisme in de juridische opleiding zodat rechtenstudenten ook bepaalde karakterdeugden meekrijgen.⁵⁵

Deze nadruk op de persoon van de rechter maakt de rechter kwetsbaar en feilbaar en ontregelt daarmee het vertrouwen, de stabiliteit en het comfort van de rechterlijke macht, de rechtzoekende en de individuele rechter. Voor de rechterlijke macht als geheel is er geen extern juridisch criterium beschikbaar om vast te kunnen stellen op grond waarvan een rechterlijke beslissing is genomen en of deze beslissing juist is. Rechters kunnen niet opereren als eenduidig bastion, maar krijgen een grote mate van individuele beoordelingsvrijheid. Voor de rechtzoekende brengt dit een vorm van onvoorspelbaarheid en rechtsonzekerheid mee. Rechtzoekende burgers kunnen zich afvragen welke niet-juridische overwegingen een rol hebben gespeeld bij een rechterlijke beslissing en of verschillen in behandeling wellicht voortkomen uit willekeur.⁵⁶ Tot slot maakt een destabiliserende visie op de rechtspraak de individuele rechter kwetsbaar omdat zij oproept tot 'radicale verantwoordelijkheid'.⁵⁷ Een rechter

52 Derrida 1992, p. 15.

53 Derrida 1994, p. 60; Derrida 1992, p. 27.

54 Derrida 1996/2005, p. 85.

55 Van Domselaar 2011, p. 1035; Nussbaum 2003, p. 1.

56 Van Domselaar 2011, p. 1036.

57 Van Domselaar 2011, p. 1036.

kan zich niet comfortabel ‘verschuilen’ achter de stabiliteit van het naadloze geheel van het recht. Hij kan een wet niet louter toepassen ‘omdat het de wet is’. De wet mag niet gelden als een morele dekmantel die de rechter vrijwaart van zijn ethische verantwoordelijkheid ten opzichte van zowel de positieve als de wrede of pijnlijke (neven)effecten van het vonnis. Zelfs indien de wettelijke regel de rechter ontslaat van zijn wettelijke verantwoordelijkheid, heeft hij nog steeds een ethische verantwoordelijkheid tegenover de unieke casus en het individu in de rechtszaal.⁵⁸

Concluderend: een stabiliserende visie op de rechtspraak beziet het recht als een naadloos geheel waarbinnen altijd het juiste antwoord besloten ligt, alhoewel je een halfgod moet zijn om dit antwoord ook daadwerkelijk te kunnen vinden. Het primaat van deze visie ligt bij de algemene wet en op die manier straalt deze visie betrouwbaarheid, stabiliteit en comfort uit voor de rechterlijke macht, de rechtzoekende en de individuele rechter. Echter, de onzekerheid die gepaard gaat met moderne uitdagingen zoals klimaatzaken laat zien dat de veronderstelde stabiliteit een comfortabele fictie is. Een destabiliserende visie op de rechtspraak beziet het recht daarentegen als inherent onzeker. Deze visie roept op om onzekerheid te accepteren in plaats van te negeren. Aangezien deze onzekerheid niet is op te lossen binnen het recht vraagt dit veel van de individuele rechter en de rechtspraak. Hoewel een destabiliserende visie recht doet aan de onzekerheid van klimaatzaken, leidt deze visie tot ontregeling en discomfort. Terwijl stabiliserende modellen van rechtspraak geneigd zijn om dergelijke momenten van onzekerheid te ontkennen of op te lossen met een oordeel dat gebaseerd is op de best beschikbare informatie of op consensus tussen partijen, roept een destabiliserend model de rechter op om deze onzekerheid te erkennen en omarmen.

4.4 IMPLICATIES VOOR DE RECHTSPRAAK

Wanneer een klimaatzaak voor de rechter komt, moet de rechter uitspraak doen, ondanks de normatieve en empirische onzekerheid die een rechterlijk oordeel compliceren. Een stabiliserende visie op het recht laat geen ruimte voor deze onzekerheden, terwijl een destabiliserende visie dat wel doet. De laatstgenoemde visie gaat ervan uit dat zowel het recht als de wereld inherent onzeker is en legt daarbij sterk de nadruk op de persoon en de vaardigheden van de rechter. Deze nadruk geeft de rechter veel verantwoordelijkheid en roept op tot een herziening van de toegewezen rol van de rechter. Waar een stabiele visie op het recht vraagt om een zelfverzekerde, standvastige en onpersoonlijke Hercules, heeft een destabiliserende visie juist profijt van een onzekere, feilbare en verbeeldingskrachtige Vrouwe Justitia. Hieronder zullen de vaardigheden: onzekerheid, feilbaarheid en verbeeldingskracht worden beschreven. Als we

58 Davies 2021, p. 89.

rechters in staat willen stellen om deze vaardigheden verder te ontwikkelen, vereist dat ook een verandering in het beleid waarbij er tijd en ruimte wordt vrijgemaakt voor twijfel, interventie en kunst.

4.4.1 *Onzekerheid als troef*

Zoals in paragraaf 3.1 beschreven, roept een destabiliserende visie op de rechtspraak op tot 'radicale verantwoordelijkheid'. Deze verantwoordelijkheid kan door de rechter als oncomfortabel worden ervaren, omdat die hem niet toelaat om zich te 'verschuilen' achter een bepaalde regel, wet of norm. Wanneer de rechter een beslissing neemt in een zaak die wordt gekenmerkt door empirische en normatieve onzekerheid, kan deze beslissing niet direct voortvloeien uit de feiten van de zaak en de wettelijke norm. Dit maakt niet de wet, norm of regel verantwoordelijk voor de uitkomst van de rechterlijke beslissing, maar de rechter zelf. Hierdoor wordt de rechter in een oncomfortabele positie geplaatst, zeker indien er grote, emotionele belangen op het spel staan zoals het voortbestaan van iemands leefomgeving – hetgeen het geval is in de zaak die de inwoners van Bonaire aanspannen tegen de Nederlandse staat. Wanneer een rechter een beslissing neemt in een dergelijke zaak, kan dit hem achterlaten met een knagend geweten, een constante twijfel en soms met een schuldgevoel. Zelfs nadat de zaak is gesloten, zal de rechter worden achtervolgd door hardnekkige twijfel of de best mogelijke beslissing wel is genomen. Deze gevoelens van twijfel en schuld vloeien voort uit verantwoordelijkheid, maar impliceren niet dat de rechter verkeerd zou hebben gehandeld. De Franse filosoof Emmanuel Levinas spreekt in dit kader over een gevoel van 'guilt without fault'.⁵⁹ Louis Wolcher, hoogleraar rechtsfilosofie aan de Universiteit van Washington, benadrukt hierbij dat in de leviniaanse filosofie een goed geweten niet correspondeert met een ethisch correct geweten.⁶⁰ Wolcher karakteriseert een 'goed geweten' als lui; het legt zich bij de zaken neer en roept niet op om verder te denken. Daarmee is een 'goed geweten' een zelfbevestigend geweten dat zich zelfvoldaan op de borst klopt. In de woorden van Wolcher maakt dat een 'goed geweten' ethisch gezien stompzinnig: 'A good conscience is by definition a self-satisfied conscience. But a self-satisfied conscience is also ethically stupid, and to believe otherwise is a form of ethical self-delusion.'⁶¹ Dit oncomfortabele gevoel van verantwoordelijkheid zorgt er echter voor dat de rechter geen genoegen neemt met de rafelranden van een uitspraak, maar altijd kritisch naar zichzelf blijft kijken en blijft streven naar een betere uitkomst.

Om tegemoet te komen aan deze radicale verantwoordelijkheid moet er voor rechters voldoende tijd en ruimte zijn om te twijfelen. Geen rechter wil toegeven dat werkdruk invloed heeft op de inhoud en kwaliteit van zijn werk en daarom maken rechters overuren en proberen ze alles wat op hen afkomt

59 Levinas 2001, p. 52.

60 Wolcher 2021, p. 60.

61 Wolcher 2021, p. 62.

zo goed mogelijk op te pakken.⁶² Maar twijfel is een essentieel middel in rechterlijke oordeelsvorming en daar moet voldoende tijd en ruimte voor worden ingecalculerd. Juist wanneer in een zaak fundamentele mensenrechten centraal staan zoals de bescherming van (gezins)leven, cultuur en leefomgeving tegen de gevolgen van klimaatverandering, moet er tijd zijn voor rechterlijke twijfel. Dit raakt terstond aan een lastige en gevoelige realiteit. Tegenwoordig bestaat er steeds minder tijd en ruimte voor de rechter om te twijfelen. De toelagenaffaire heeft pijnlijk duidelijk gemaakt waar dat toe kan leiden. Als we hier niet snel iets aan veranderen, zullen er meer juridische slachtoffers vallen door een gebrek aan de benodigde tijd om te twijfelen.

4.4.2 *Feilbaarheid als kracht*

Het twijfelen als uitvloeisel van een onzekere basishouding hangt samen met een tweede rechterlijke vaardigheid, namelijk 'feilbaarheid'. Een standvastige rechter kan worden geprezen om zijn daadkracht en objectiviteit, wanneer hij – zelfs in het gezicht van onzekerheid en tegenstand – emoties en sentimenten op afstand weet te houden. Daartegenover staat een feilbare rechter. Feilbaarheid verwijst dan naar de inherente menselijke eigenschap van het maken van fouten of het hebben van tekortkomingen. Het houdt in dat rechters niet perfect zijn en dat ze in hun gedachten, beslissingen, acties en oordelen fouten kunnen maken of onjuistheden kunnen debiteren.

Want ondanks hun expertise en autoriteit herbergen ook rechters deze al te menselijke eigenschap en begaan ze fouten in hun interpretatie en toepassing van het recht. Het erkennen van onoverkomelijke feilbaarheid kan leiden tot een open geest, het vermogen om van fouten te leren en de bereidheid om alternatieve perspectieven en standpunten te overwegen. Het impliceert de bereidheid om overtuigingen en ideeën in twijfel te trekken, om ruimte te geven aan voortschrijdend inzicht en om verantwoordelijkheid te nemen voor acties. Op deze manier kan het erkennen van de feilbaarheid van de rechter pleiten voor een benadering waarbij ruimte is voor discussie, dialoog en (zelf)reflectie om zo tot betere rechtspraak te komen. Pas wanneer de rechter zich kwetsbaar durft op te stellen door toe te geven dat ook hij onzekerheden kent en dat ook vonnissen feilbaar zijn, ontstaat ruimte voor positieve en gerichte feedback die de rechtspraak kan verbeteren. Ik denk niet dat burgers of de media de juiste partijen zijn om deze feedback te leveren, maar ik zie daar bij uitstek een rol weggelegd voor collega-rechters en wetenschappers.

Tjarda Pieters, (senior) kantonrechter in Dordrecht, schreef in 2010 een pleidooi om de permanente educatie van rechters in Nederland te vergroten.⁶³ Ze laat zich hiervoor inspireren door de super- en intervisiemethoden uit de geestelijke gezondheidszorg. Psychiaters in opleiding hebben een vaste opleider die de verschillende opleidingsaspecten coördineert. Daarnaast hebben zij super-

62 Zie o.a. De Rechtspraak 2021, p. 21.

63 Pieters 2010, p. 197.

visors die de verschillende soorten therapieën monitoren en rapporteren aan de opleider en wordt er ruimte besteed aan persoonlijke valkuilen, allergieën en frustraties.⁶⁴ Meestal heeft één supervisor een groepje onder zich dat in vertrouwde en veilige sfeer kan reflecteren op de eigen werkstijl. Dit zorgt ervoor dat psychiaters zich bij lastige kwesties altijd moeten afvragen: ‘Kan ik deze keuze verantwoorden aan mijn collega’s?’⁶⁵

Vertaald naar de rechtspraktijk zou dit kunnen betekenen dat een rechter in opleiding een vaste opleider heeft binnen het eigen gerecht en daarnaast meerdere co-opleiders die de verschillende aspecten van het functioneren monitoren en daarvan verslag doen, aldus Pieters. Maar ook na de opleiding kan persoonlijke reflectie voortduren door middel van intervisie. Bij intervisie komen collega-rechters samen om de knelpunten en uitdagingen van de rechtspraak te bespreken. Dit schept ruimte om twijfels uit te wisselen en verantwoordelijkheden te delen.⁶⁶ Zo kunnen rechters zich in vertrouwde kring kwetsbaar en feilbaar opstellen, zonder het gevaar om gezichtsverlies te lijden. Pieters merkt op dat intervisie in de rechtspraak de laatste jaren aan aandacht wint. Ze verwijst hier naar landelijke feedbacktrainingen en spiegelbijeenkomsten.⁶⁷ Deze intervisie wordt echter veelal beperkt tot het eigen gerecht en de eigen discipline. Pieters ziet hierin twee problemen: ten eerste wordt een eventuele verrijking misgelopen, want ook mediators of gedragspsychologen kunnen input geven. Ten tweede geeft Pieters aan in haar eigen hoedanigheid als rechter, dat het niet de sterkste kant is van rechters om hun collega’s te confronteren. ‘We blijven erg lang vriendelijk voor elkaar, en zeker als we elkaar de volgende dag weer bij de koffieautomaat tegenkomen.’⁶⁸ Pieters pleit daarom voor ‘rechtbankoverstijgende intervisie’ waarbij ook professionals uit andere disciplines worden uitgenodigd.⁶⁹ De reflectierapporten die naar aanleiding van de toeslagenaffaire zijn opgesteld,⁷⁰ lijken het idee van intervisie nieuw leven in te willen blazen. In de reflectierapporten geven bestuursrechters aan dat ze zich kritischer willen opstellen ten opzichte van de overheid en dat ze de dialoog willen zoeken met collega-rechters en met de wetenschap.⁷¹ In het reflectierapport van de Raad van State wordt zelfs een directe oproep gedaan tot het actualiseren en intensiveren van de mogelijkheid tot intervisie.⁷² Hierbij is ook ruimte voor intervisie door externen (pers, wetenschappers of psychologen) die zo feedback kunnen geven op het optreden van staatsraden.⁷³

64 Pieters 2010, p. 201.

65 Aangaande de werkwijze, voordelen en uitdagingen van de super- en intervisiemethoden binnen de geestelijke gezondheidszorg heb ik waardevolle hulp gekregen van psychiater en psychotherapeut Gerard van den Berg.

66 Van den Berg 1998, p. 17.

67 Pieters 2010, p. 201.

68 Pieters 2010, p. 201.

69 Pieters 2010, p. 201.

70 Raad van State 2021; De Rechtspraak 2021.

71 Raad van State 2021, p. 9.

72 Raad van State 2021, p. 55.

73 Raad van State 2021, p. 56.

4.4.3 Verbeeldingskracht

Vanzelfsprekend geldt voor rechters dat zij in de eerste plaats mensen zijn en geen (half)goden. Desalniettemin dichten we aan rechters welhaast bovenmenselijke karaktereigenschappen toe zoals ‘onpartijdigheid’, een daadwerkelijk ‘onafhankelijk’ oordeelsvermogen en het kunnen bereiken van een rechtvaardig vonnis. Naast bovenmenselijk zijn deze eigenschappen soms ook onwenselijk. De Amerikaanse filosofe en feministe Iris Marion Young schrijft dat het streven naar onpartijdigheid leidt tot een streven naar afstandelijkheid en onverschilligheid en dat het daarmee pertinent onwenselijk is.⁷⁴ Onze obsessie met onpartijdigheid als ideaal zorgt voor een dichotomie tussen het universele, publieke en rationele enerzijds en het casuïstische, private en emotionele anderzijds, aldus Young. Gevoelens, passies en de specifieke omstandigheden van een geval kunnen echter niet worden losgekoppeld van morele redeneringen. Dit is met name van belang voor rechters die beslissen over individuele zaken waarbij de belangen en emoties die ermee gemoeid zijn niet zomaar kunnen worden geabstraheerd tot een algemene regel. Daarnaast stelt Young dat deze inherent menselijke gevoelens niet ophouden aanwezig te zijn bij (rechterlijke) oordeelsvorming wanneer we krampachtig blijven vasthouden aan het ideaal van onpartijdigheid.

‘Feelings, desires, and commitments do not cease to exist and motivate just because they have been excluded from the definition of moral reason. They lurk as inarticulate shadows, belying the claim to comprehensiveness of universalist reason.’⁷⁵

Hoewel Young het idee van onpartijdigheid geheel afwijst als zijnde onmogelijk én onwenselijk, zou ik tegenover onpartijdigheid niet ‘partijdigheid’ maar ‘meerpartijdigheid’ willen zetten.

Het begrip ‘meerpartijdigheid’ werd in 1988 door de psychologen Harlene Anderson en Harold Goolishian geïntroduceerd. Hoewel deze term oorspronkelijk wordt gebruikt om de handelwijze van een therapeut in een psychologisch gesprek te beschrijven, denk ik dat deze theorie ook goed toepasbaar kan zijn op het handelen van een rechter. In plaats van daadwerkelijk onpartijdig zijn, dat wil zeggen *geen* positie innemen, betekent meerpartijdigheid dat de therapeut c.q. rechter *alle* mogelijke posities tegelijk inneemt.⁷⁶ Hannah Arendt beschrijft in haar essay ‘Truth and Politics’ hoe oordeelsvorming kan worden verbreed door je te verplaatsen in de standpunten van degenen die niet aanwezig (kunnen) zijn:

‘The more people’s standpoints I have present in my mind while I am pondering a given issue, and the better I can imagine how I would feel and think if I were in their

⁷⁴ Young 2012, p. 97.

⁷⁵ Young 2012, p. 103.

⁷⁶ Anderson en Goolishian 1988, p. 379.

place, the stronger will be my capacity for representative thinking and the more valid my final conclusions, my opinion.⁷⁷

Wat hier voor Arendt als individu geldt, geldt voor de rechterlijke macht net zo goed. Door je te verdiepen in andere perspectieven wordt je oordeel rijker, representatiever en rechtvaardiger. De aanhoudende discussie over het divers maken van de rechterlijke macht en het feit dat we belangrijke rechtszaken overlaten aan een meervoudige kamer laat zien dat we belang hechten aan meerdere, verschillende perspectieven. Net zoals er – natuurkundig gezien – meerdere afzonderlijke kleuren nodig zijn om wit licht te creëren, schijnen meerdere perspectieven geen gekleurd, maar een objectiever en rechtvaardiger licht op een zaak. Juist wanneer rood, groen en blauw met elkaar worden vermengd ontstaat het heldere, witte licht dat noodzakelijk is om een zaak in al zijn facetten te kunnen belichten.

Om een meerpartijdige positie te kunnen innemen, moet een rechter bereid zijn om zich te laten meevoeren in alternatieve meningen en opvattingen. Hierdoor kan een rechter een dialoog aangaan die het mogelijk maakt om nieuwe inzichten te ontwikkelen.⁷⁸ Door deze meerpartijdige positie in te nemen houdt een rechter rekening met het belang van alle partijen; aanwezig of afwezig; zichtbaar of onzichtbaar; senior of nog niet geboren. Een meerpartijdige rechter verplaatst zich in alle betrokkenen tegelijk waardoor hij zich actief moet verdiepen in de partijen die voor hem staan, in de maatschappij die buiten de rechtszaal wacht en in de effecten die zijn uitspraak zal hebben op toekomstige generaties en op andere rechtssystemen. Bovendien ontstaat zo een ruimte waar persoonlijke, wetenschappelijke, professionele, culturele, economische, religieuze en andere factoren in de vergelijking kunnen worden betrokken.

In de praktijk kan dit op verschillende manieren vorm krijgen. Met name klimaatzaken lenen zich er goed voor om de rechter uit te dagen zich de mogelijke gevolgen van zijn beslissing voor te stellen. Het voorzorgsprincipe biedt de juridische handvatten om preventief op treden, terwijl rekening wordt gehouden met de onzekerheden over wie er mogelijk worden getroffen door de gevolgen van klimaatverandering, waar en wanneer zij zullen leven en hoe indringend de schade zal zijn. Zo wijst de sommatiebrief van de inwoners van Bonaire en Greenpeace Nederland meermaals op de risico's die klimaatverandering kan hebben op de gezondheid, het leven, de leefomgeving en de cultuur van toekomstige generaties.⁷⁹ Door deze generaties te benoemen en mee te nemen in de juridische overwegingen wordt de verbeeldingskracht van de rechter aangesproken. De rechter moet daarom overwegen hoe de beslissing die hij nu neemt mogelijksterwijs door kan werken in het leven van mensen die nog niet geboren zijn, en daarmee ook ondervertegenwoordigd in het juridisch, politiek en economisch domein. Er bestaan al verschillende initiatieven die de afwezigheid

77 Arendt 1967/1968, p. 241.

78 Anderson en Goolishian 1988, p. 379.

79 Kennedy Van der Laan, p. 35.

van toekomstige generaties proberen te simuleren, bijvoorbeeld door een lege stoel in een vergadering of in de rechtszaal neer te zetten waarop toekomstige generaties symbolisch plaatsnemen.⁸⁰

Dit is geen gemakkelijke oefening. Het daagt de rechter uit om zich voor te stellen wie er potentieel allemaal door de beslissing worden geraakt en of hij inderdaad aan eenieder van hen verantwoording kan afleggen. Om deze verbeeldingskracht te trainen en rechters uit te nodigen om zich te verplaatsen in alle potentieel geraakte partijen is wat mij betreft een belangrijke rol weggelegd voor de kunst. Literatuur, film, muziek en beeldende kunst dagen mensen uit zich te verplaatsen in de levens, verhaallijnen en narratieven van anderen.

4.5 CONCLUSIE

Tegenwoordig wordt de rechter steeds vaker geconfronteerd met zaken waarbij onzekerheid de boventoon voert. De klacht die de inwoners van Bonaire en Greenpeace Nederland hebben ingediend tegen de Nederlandse staat – omdat zij vinden dat Nederland te weinig verantwoordelijkheid neemt voor het voorkomen, mitigeren en adapteren van de gevolgen die klimaatverandering heeft op Bonaire – is daar een goed voorbeeld van. Hoewel deze zaak (nog) niet bij de rechter ligt, past de zaak in een bredere trend. In dergelijke (klimaat)zaken overstijgen de oorzaken en gevolgen landsgrenzen, jurisdicties en generaties. Dit brengt de rechter in een lastig en politiek gevoelig parket en dwingt hem om recht te spreken in een mijnenveld van empirische en normatieve onzekerheden.

Doordat klimaatzaken complex en onderling afhankelijk zijn, worden ze gekenmerkt door empirische onzekerheid. Soms is empirische onzekerheid te wijten aan een gebrek aan kenbare kennis, soms aan kennis die in essentie onkenbaar is. Hoewel de eerste vorm in principe overbrugbaar is, laat de urgentie die inherent is aan klimaatzaken het vaak niet toe om te wachten totdat alle informatie beschikbaar is. Een tweede vorm van onzekerheid is normatieve onzekerheid. Aangezien klimaatverandering geen landsgrenzen, jurisdicties en generaties respecteert is het vaak onduidelijk welke rechtsnormen moeten worden gehanteerd en hoe ze onderling, hiërarchisch, samenhangen. Hoewel klimaatzaken worden gekenmerkt door zowel empirische als normatieve onzekerheid, móét een rechter uitspraak doen wanneer een zaak aan hem wordt voorgelegd, ook als het ontbreekt aan duidelijkheid over de benodigde feiten en helderheid over de toepasbare normen.

Van oudsher gaat het recht uit van zekerheid en stabiliteit, maar rechtspreken in onzekerheid dwingt de rechter op onontgonnen en politiek gevoelig terrein. Het voorzorgsprincipe kan een manier zijn om de rechter uit te nodigen om een uitspraak te doen waarbij hij probeert zich een voorstelling te maken

80 Zie onder andere De Toekomststoel, www.toekomststoel.nl.

van de gevolgen die – door gebrek aan kennis of in essentie – onkenbaar zijn. Normatieve onzekerheid bij klimaatzaken legt de fictie van de dominante, stabiliserende visie op het recht bloot. Een destabiliserende visie komt wel tegemoet aan de normatieve onzekerheid maar werkt ontregelend en is oncomfortabel voor de rechter, de rechterlijke macht en de rechtzoekende.

Om adequaat om te gaan met de empirische en normatieve onzekerheid die inherent is verbonden aan klimaatzaken is het traditionele ideaalbeeld van een zelfverzekerde, standvastige en onpersoonlijke Hercules ontoereikend. In plaats daarvan pleit ik voor de acceptatie van een Vrouwe Justitia die wordt gekarakteriseerd door onzekerheid, feilbaarheid en creatieve verbeelding. Verre van tekenen van zwakte of ongeschiktheid, vormen deze kwaliteiten de basis voor een krachtige en ethische rechtspraak.

Het koesteren van twijfel, het bevorderen van intervisie en het stimuleren van verbeelding, vergt echter tijd. Het huidige Nederlandse rechtssysteem is momenteel zo overbelast dat er een voortdurend gebrek is aan juist deze essentiële factor. Tegelijkertijd is er een groeiende tendens waarbij onzekere zaken die deze kwaliteiten vereisen alleen maar zullen toenemen. Zonder voldoende tijd voor twijfel, intervisie en kunst zal de rechter niet in staat zijn om zijn innerlijke Vrouwe Justitia te laten rechtspreken.

LITERATUUR

- Anderson, A. en H.A. Goolishian, 'Human Systems as Linguistic Systems: Preliminary and Evolving Ideas about the Implications for Clinical theory', *Family Process* 1988/27, afl. 4, p. 317-393.
- Arendt, Hannah, 'Truth and Politics', *Between Past and Future*, Penguin Classics 1968.
- Berg, G.W.C. van den, 'De Tien Geboden van de WGBO. Van patiënt naar consument: van behandelaar naar handelaar, van aanbod naar vraag', *Tijdschrift voor Psychotherapie* 1998/24, afl. 1, p. 12-20.
- Beukering, P. van, A. Baertz en L. van Oosterhout, 'Impacts on Climate Change on Public Health on Bonaire', Amsterdam: VU 2022.
- Burchardt, B., 'Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere', *Leiden Journal of International Law* 2007/30, afl. 2, p. 305-326.
- Davies, L.M.J., *De kwetsbare rechter*, Weert: Celsus 2021.
- Davies, L.M.J. en L. Henderson, 'Judging without Railings. An Ethic of Responsible Judicial Decision-Making for Future Generations', *Legal Ethics* 2023/25, afl. 1.
- Derrida, J., 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"', in: D. Cornell, M. Rosenfield en D.G. Carlson (red.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York: Routledge 1992.
- Derrida, J., *Force de Loi: Le Fondement Mystique de l'Autorité*, Parijs: Galilée 1994.
- Derrida, J., 'Remarks on Deconstruction and Pragmatism', in: S. Critchly, J. Derrida, E. Laclau en R. Rorty, *Deconstruction and Pragmatism* (eerste druk: 1996), New York: Routledge 2005.
- Domselaar, I. van, '"Zelfbevestigende" versus "ontregelde" rechtspraak', *Nederlands Juristenblad* 2011/86, afl. 16, p. 1032-1039.
- Domselaar, I. van, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (diss. Amsterdam UvA), 2014.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1977.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1985.
- Ferguson, R., *The Right to Food and the World Trade Organization's Rules on Agriculture: Conflicting, Compatible, or Complementary?*, Leiden: Brill 2018.

- Kennedy Van der Laan, 'Sommatiebrief ten behoeve van klimaatrechtvaardigheid voor de inwoners van Bonaire', 11 mei 2023; www.greenpeace.org/static/planet4-netherlands-state-less/2023/05/fd6e3175-sommatiebrief-nl-website-1.pdf.
- Levinas, E., *Is it Righteous to Be? Interviews With Emmanuel Levinas*, Stanford, Calif.: Stanford University Press 2001.
- Müller-Mall, S., *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law*, Berlin/Heidelberg: Springer 2013.
- Nussbaum, M.C., 'Cultivating Humanity in Legal Education', *The University of Chicago Law Review* 2003/70, afl. 1, p. 265-279.
- Oppenheimer, M. e.a., 'Emergent Risks and Key Vulnerabilities', in: *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.
- Outer, J. den, *Rechten voor de natuur*, Rotterdam: Lemniscaat 2023.
- Pieters, T.S., 'De Raakbare Rechter', *Trema* 2010/5, p. 197-201.
- Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State*, Den Haag 2021.
- Rapport Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken*, 2021.
- Rechtspraak, De, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*.
- Ryngaert, C., *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.
- Sadeleer, N. de, 'The precautionary principle and climate change', in: *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016.
- Shaffer, G.C., 'Theorizing Transnational Legal Ordering', *Annual Review of Law and Social Science* 2016/12, p. 231-253.
- Tai, S., 'Uncertainty about Uncertainty: The Impact of Judicial Decisions on Assessing Scientific Uncertainty', *Journal of Constitutional Law* 2009/11, afl. 3, p. 671-728.
- Vink, J. *The Open Society and its Animals*, Londen: Palgrave Macmillan 2020.
- Wewerinke-Singh, M.J. en I.J.M. de Jong, 'Klimaatverplichtingen buiten de grenzen om – recente ontwikkelingen in de rechtspraak over mensenrechten en klimaatverandering', *Milieu & Recht* 2022/28, afl. 3, p. 172-179.
- Wolcher, L.E., *Law's Task. The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering*, Farnham: Ashgate 2008.
- Wolcher, L.E., *Ethics. New Trajectories in Law*, New York: Routledge Focus 2021.
- Young, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, New Jersey: Princeton University Press 2012.