

Artikel

De geo-constitutionele rechtsstaat: een hervormingsagenda

Prof. mr. J. (Han) Somsen*

1 Inleiding

In april van dit jaar troffen verbijsterde bewoners van een huis in Doetinchem een slapende wolf in hun keurig onderhouden achtertuin.¹ Na te hebben vastgesteld dat de wolf in goede fysieke gezondheid verkeerde, verdoofden experts het dier om het vervolgens in de natuur uit te zetten. Een begrijpelijke gang van zaken: de huiseigenaar kon de lamskoteletten voortaan weer onbevreesd op de barbecue laten sudderen en de wolf werd in zijn zoektocht naar dergelijk lekkers een levensgevaarlijke zwerftocht langs spoor- en wegennetwerk bespaard.

Wat nu als de wolf had verkozen de achtertuin tot vaste woon- en verblijfplaats te verheffen en een plaatselijk actiecomité zich op basis van de Habitatrichtlijn tegen het verplaatsen van het dier had verzet? Precies dat scenario deed zich voor in een zaak die een Roemeense rechter aan het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) voorlegde. Net als in Doetinchem waren experts in Roemenië vastbesloten geweest een verstedelijkte wolf te vangen en naar een geschiktere plek te verhuizen, ‘nadat die zich sinds enige dagen op het terrein van een lokale bewoner ophield en samen met de honden van deze bewoner at en speelde’.² Het Hof verwoordde de uit dit feitenrelaas voortvloeiende vraag als volgt:

‘(...) of de in artikel 12 van de habitatrichtlijn neergelegde regeling voor de bescherming van bedreigde soorten alleen betrekking heeft op de natuurlijke habitat van die soorten en bijgevolg niet langer toepassing vindt wanneer een specimen van een bedreigde diersoort zich naar een door de mens bewoond gebied of naar de rand daarvan begeeft. De vraag van deze rechter heeft dus betrekking op de uitlegging die moet worden gegeven aan het begrip “natuurlijk verspreidingsgebied” en de woorden “in het wild levend” en “in de natuur” die in artikel 12, lid 1, van de habitatrichtlijn zijn opgenomen, alsook op de omvang van de bescherming die daaruit voortvloeit.’³

De wolf confronteert ons op die manier, letterlijk terloops, met de voor het omgevingsrecht existentiële vraag wie of wat zich bij een leidende rol als omgeving moet neerleggen, mens of natuur, en welke hoofdrolspelers dat decor juist naar goeddunken kunnen inrichten om erop te acteren. De kwestie van de Doetinchemse wolf raakt in feite een onderwerp van de hoogste constitutionele orde over collectieve lottbestemming, meer in het bijzonder de vraag of en hoe de verschillende leden van een samengesteld collectief (in mijn voorbeeld van mensen en wat ik in het vervolg ‘natuur’ zal noemen) een stem in die besluitvorming is gegund.⁴

* Prof. mr. J. Somsen is hoogleraar EU-recht aan Tilburg Law School en hoogleraar milieurecht aan Lund Law School.

1 De Telegraaf 17 april 2023, www.telegraaf.nl/nieuws/804245625/wolf-ligt-te-slapen-in-achtertuin-in-doetinchem.

2 HvJ EU 11 juni 2020, C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458 (Alian²a pentru combaterea abuzurilor), par. 13.

3 HvJ EU 11 juni 2020, C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458 (Alian²a pentru combaterea abuzurilor), par. 28.

4 Zoals we later zullen zien, komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat ‘de verplichting om beschermde diersoorten strikt te beschermen overeenkomstig de artikelen 12 en volgende van de habitatrichtlijn geldt voor het gehele “natuurlijke verspreidingsgebied” van deze soorten, ongeacht of deze zich in hun gebruikelijke habitat, in beschermde gebieden of juist in de nabijheid van menselijke nederzettingen bevinden’. HvJ EU 11 juni 2020, C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458 (Alian²a pentru combaterea abuzurilor), par. 52.

Aan dat cruciale constitutionele onderwerp wil ik dit korte essay wijden. Aanleiding is niet het vermakelijke voorval van de Doetinchemse wolf, maar de wanhopige toestand van de natuur en de fatale implicaties daarvan voor de mens. De dodelijke cocktail van hittegolven, bosbranden, overstromingen, massale sterfte van dieren plantensoorten, drinkwatertekorten, pandemieën en door misoogsten veroorzaakte honger die de mens in het antropoceen op de knieën dwingt, is een even direct als onvermijdelijk gevolg van het juridisch geformaliseerde antwoord op voornoemde constitutionele vraag. Ontdaan van alle franje komt dat antwoord erop neer dat in een rechtsstaat het recht (en daarmee de mens) alle andere bronnen van regulering overstemt, inclusief de zelfregulerende natuurlijke kringlopen en processen waaraan het leven zijn bestaan dankt.

De ecologische catastrofe bewijst het feitelijke en normatieve failliet van die constitutionele hiërarchie die de mens tegenover en boven de natuur plaatst: omdat de met recht bewapende mens het fragiele samenspel van zelfregulerende natuurlijke systemen dodelijk mocht verminken, is inmiddels zelfs de verwezenlijking van het naakte recht op leven niet langer vanzelfsprekend.⁵ Andersom zullen zelfs ernstig door de mens verstoorde natuurlijke systemen ook zonder diezelfde mens op enigerlei wijze blijven functioneren.⁶

De onwrikbare conclusie dringt zich daarmee op dat universeel zelfregulerende natuurlijke processen, zoals de water-, stikstof-, fosfor- en koolstofkringloop, *in feitelijke zin* hiërarchisch superieur zijn ten opzichte van de mens en zijn lokaal en contingent werkend recht, terwijl de rechtsstaat die rangorde normatief ontkent. In dit essay bespreek ik daarom vijf juridische doctrines die bestaande rechtsordes zodanig kunnen hervormen dat ze het feitelijke regulerende gezag van de natuur normatief (h)erkennen, zonder daarbij het fundament van de rechtsstaatsgedachte te verloochenen. Zo'n rechtsstaat noem ik in het vervolg 'geo-constitutioneel'.

Vanuit die radicale ambitie besteed ik kort aandacht aan zogenaamde planetaire grenswaarden, omdat ze een belangrijke rol spelen bij het beantwoorden van de vraag *wat* in concreto voorrang boven het recht opeist (par. 3). Daarmee is het belangrijkste voorwerk verricht voor paragraaf 4, waarin ik mede aan de hand van de avonturen van de Doetinchemse wolf en de Habitatrictlijn concretiseer *hoe* het regulerende gezag van de natuur juridisch kan worden verankerd.

Voordat we daaraan toekomen, wil ik echter verdedigen dat een dergelijke geo-constitutionele hervorming naast het lijfelijke behoud van mens en natuur ook de

bescherming van de rechtsstaat, het recht en daarmee uiteindelijk de menselijke waardigheid dient.

2 Het behoud van de rechtsstaat in het antropoceen

In de afweging tussen legitimiteit en effectiviteit neigen beleidsreacties op de met het antropoceen onlosmakelijk verbonden systemische (milieu)crises steeds vaker en verder naar doelmatigheid. Juristen maken zich concreet zorgen over het uit hoofde van slagvaardigheid offeren van procedurele, formele en materiële waarborgen die besluitvorming in een rechtsstaat kenmerken. In het bijzonder gaat het daarbij om belangrijke uitgangspunten als deliberatie, transparantie, proportionaliteit, non-retroactiviteit, respect voor fundamentele rechten en solidariteit.⁷ De coronacrisis levert een recente illustratie dat dergelijke waarborgen in geval van nood makkelijk onder druk komen te staan.

De precieze betekenis van het beginsel van de rechtsstaat is intussen allesbehalve universeel of vastomlijnd, maar impliceert in ieder geval minimaal het primaat van het recht ('rule by law'); in om het even welke rechtsstaat wordt beleid niet door de markt, technologie, de wolf, de kerk of zelfs niet op bevel van een door de democratische meerderheid verkozen charismatische leider gevoerd, maar door *recht*. Rule by law is uiteraard als zodanig onvoldoende om een rechtsorde ook als rechtsstaat te kunnen kwalificeren, maar het is in ieder geval de *conditio sine qua non*.⁸ Vanwege de ultieme afhankelijkheid van de mens en dus ook het recht van universeel werkende (zelf)regulerende natuurlijke systemen berust dat fundament van de rechtsstaat, zoals hierboven opgemerkt, in feite op een potentieel gevaarlijke fictie. Potentieel omdat die fictie niet tot ecologische catastrofes hoeft te leiden zolang het universele gezag van natuurlijke systemen maar in het recht zelf wordt verankerd, op dezelfde manier als bijvoorbeeld het gezag van het internationale en Europese recht in de nationale rechtsorde grondwettelijk kan zijn geborgd. De grondwet behoudt in dat geval het laatste woord en het primaat van het recht en de autonomie van de nationale rechtsorde zijn daarmee gegarandeerd. De rechter onderwerpt zich in dergelijke gevallen op basis van 'lokaal recht' aan het gezag van een hogere universele natuurlijke reguleringsorde.

Hoe een rechtsstaat ten aanzien van de natuur van een imperialistische naar een symbiotische zorgrelatie kan evolueren, is wat mij betreft de vraag die voor de rechtswetenschap de allerhoogste prioriteit zou moeten ge-

5 De Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) schat het aantal premature doden als gevolg van luchtvervuiling op 7 miljoen per jaar (www.who.int/health-topics/air-pollution#tab=tab_2) en denkt dat 24% van alle sterfgevallen aan het milieu gerelateerd is (www.who.int/data/gho/data/themes/topics/sdg-target-3_9-mortality-from-environmental-pollution).

6 Een fascinerende tijdlijn die het verloop van de herinname van de planeet door de natuur weergeeft (na het uitsterven van de mens), is te vinden in www.sciencefocus.com/planet-earth/after-humanity-a-timeline-of-the-earth-after-we-go-extinct/.

7 B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 91 e.v.

8 Tamanaha 2004, p. 91 e.v.

nieten.⁹ Die uitdaging, door de Franse filosoof Serres al eens geconcipieerd als de zoektocht naar een ‘natuurlijk symbiotisch contract’, is tot op heden door de rechtswetenschap wonderlijk genoeg niet systematisch aangegaan.¹⁰

Hoe verhoudt het bovenstaande zich tot de enigszins naar alarmisme riekende claim dat een dergelijke recalibratie voor het behoud van de rechtsstaat en zelfs van het recht *zelf* noodzakelijk is? In essentie is mijn stelling dat, zolang het recht de suprematie van planetaire reguleringskrachten blijft ontkennen maar tegelijkertijd de staat grondwettelijk verplicht resulterende humanitaire catastrofes af te wenden, dit een stelselmatige vervanging van recht door technologie als beleidsinstrument belooft.

Technologie is in feite niets anders dan door de mens getemde natuur. Terwijl recht in het beste geval bij de mens, maar in ieder geval nooit bij de natuur resoneert, kan technologie daarentegen haar wil opleggen aan zowel mens als natuur. Anders dan met recht kan dankzij technologie dus *wel* worden volhard in aloude menselijke prometheïsche ambities over natuurlijke planetaire zelfregulerende systemen te heersen.

Het technologisch manipuleren van dergelijke systemen omdat ze belemmeringen lijken te vormen voor tomeloze menselijke ambities (het onttrekken van stikstof aan de atmosfeer en genetische modificatie van planten en dieren om in een groeiende voedselbehoefte te voorzien,¹¹ ‘climate engineering’ om een fossiele economie in het zadel te houden, enzovoort) is naast risicovol natuurlijk ook vanuit een meer principiële ethische optiek bedenkelijk. Hoewel, gezien de mondiale risico’s die met het manipuleren van dergelijke planetaire systemen gepaard gaan, unilateraal ingrijpen eigenlijk ondenkbaar zou moeten zijn, is er weinig dat een wanhopige soevereine staat er praktisch of juridisch van af kan houden eigenstandig alle noodzakelijke technologische maatregelen te treffen die een lokale humanitaire milieucatastrofe eventueel het hoofd kunnen bieden.¹²

Als naast het gedrag van de natuur ook menselijk gedrag zodanig door technologische architectuur wordt gecoördineerd dat de optie van niet-nakoming in de praktijk komt te vervallen, op dezelfde manier als de architecte-

tuur van IKEA-warenhuizen de aanschaf van een enkele wc-borstel ons onverbiddelijk tot een slingerende zwerftocht langs alle koopwaar dwingt, is dat funest voor menselijke autonomie en waardigheid. Slaafs beweegt technologie ons tot nakoming zonder dat daar ooit een eigen oordeel of persoonlijke worsteling aan vooraf is gegaan.

Bovenstaande observatie is cruciaal omdat als compromisloze effectiviteit eenmaal tot belangrijkste beleidsdoelstelling wordt verheven – wat ten tijde van een existentiële crisis het geval zal zijn – technologie zich zal opdringen als het te verkiezen beleidsinstrument. Een fors uitgevallen verkeersdrempel beïnvloedt rijgedrag nu eenmaal effectiever dan een verkeersbord met vrolijk spelende kinderen. Een gebod op ‘social distancing’ in coronatijd werkte niet, vaccins wel.¹³

De tegenwerping dat de inzet van technologie nog altijd een juridische grondslag behoeft, snijdt slechts zeer ten dele hout. Publieke participatie in beslissingen over de variabelen van een algoritme of de locatie of het ontwerp van een verkeersdrempel, als daarin al kan worden voorzien, is vele malen minder vanzelfsprekend, transparant en toegankelijk dan we gewend zijn bij een in een conventionele rechtsregel beklonken maximumsnelheid.

Dit bezwaar tegen ‘policy by design’ wordt pregnanter als eenmaal het uitgebreide arsenaal aan complexe en voor het publiek ontoegankelijke moderne technologieën zoals ICT, AI, biotechnologie, synthetische biologie en nanotechnologie stelselmatig als beleidsinstrument wordt ingezet. Dergelijke veelal private technologieën bieden weliswaar een realistisch perspectief op volledige nakoming van de erin besloten normativiteit, maar sluiten de burger *de facto* uit van betekenisvolle *ex ante* en *ex post* politieke participatie.¹⁴

Als technologie uit hoofde van haar effectiviteit het recht eenmaal geleidelijk van de troon stoot, vormt het een even sluipende als dodelijke bedreiging voor het fundament van de rechtsstaat, dat er zoals gezegd uit bestaat dat beleid middels *recht* wordt gevoerd. De onvermijdelijke privatisering van publiek beleid die met de grootschalige inzet van technologie als beleidsinstrument gepaard gaat, en de daarmee gerelateerde machtsconcentratie bij een handvol commerciële techgiganten zijn wat mij betreft bijkomende redenen om het zover niet te laten komen.

Samenlevingen zijn daarmee op een kruispunt beland. Wordt gekozen voor een ‘business as usual-scenario’, dan geeft het recht in feite uitdrukking aan een deliberatief lokaal *gesundes Volksempfinden* dat naar goedgeunden universeel regulerende planetaire machten veronachtzaamt. Het antwoord op bijvoorbeeld een stikstofcrisis is in dat geval iedere willekeurige in het recht geformaliseerde uitkomst van het democratisch delibe-

9 Zie M.C. Petersmann, Response-abilities of Care in More-than-Human Worlds, *Journal of Human Rights and the Environment* (12) 2021, afl. 1 (Special Issue), p. 102-124.

10 M. Serres, *Le contrat naturel*, Parijs: François Bourin 1990. Verschillende rechtswetenschappers vinden in hun eigen discipline bruikbare handvaten voor het beantwoorden van het type vragen die ik hier op basis van het EU-recht benader. Vanuit het wellicht wat onverwachte maar inspirerende perspectief van het internationale privaatrecht bijv., zie H. Muir Watt, *The Law’s Ultimate Frontier: Towards an Ecological Jurisprudence. A Global Horizon in Private International Law*, Oxford: Hart Publishing 2023 en F.M. Fleurke, M.C. Leach, H. Lindahl, P. Paiement, M.-C. Petersmann & J. Somsen, *Constitutionalizing in the Anthropocene* (Tilburg Law School Research Paper), 20 september 2022, te raadplegen op <https://ssrn.com/abstract=4224380> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4224380>.

11 Het zogenaamde Haber-Bosch-proces, waarover in par. 3 merer.

12 Zie over deze vraag bijv. J.B. Horton & J.L. Reynolds, *The International Politics of Climate Engineering: A Review and Prospectus for International Relations*, *International Studies Review* (18) 2016, p. 438-461.

13 Zie H. Somsen, *When Regulators Mean Business*, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* (40) 2011, afl. 1, p. 47-57.

14 Zie J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), 2020.

ratieve proces. Private technologieën zullen vroeger of later moeten worden aangewend in een laatste poging om de mondiale stikstofkringloop zodanig te beïnvloeden dat de voor de mens schadelijke gevolgen van de door dat recht gesanctioneerde overschrijding van planetaire grenswaarden voor stikstof enigszins beheersbaar worden.

In het alternatieve scenario van een geo-constitutionele rechtsstaat, dat ik hier voorsta, heeft het recht te functioneren binnen een door planetaire natuurlijke systemen opgelegde bandbreedte. Materieel dringt de oplossing voor de stikstofcrisis zich in beginsel op, en delibereatie tussen leden van het collectief richt zich dus op cruciale onderwerpen als het te verkiezen (juridische) instrumentarium en aspecten van distributieve en procedurele rechtvaardigheid.

3 Planetaire grenswaarden

Dit brengt ons bij de vraag of het mogelijk is om die bandbreedte concreet te articuleren en te duiden *wat* een geo-constitutionele rechtsstaat te respecteren heeft om, letterlijk, recht te doen aan de voor de mens levensbelangrijke zelfregulerende natuurlijke infrastructuur. Een voor de hand liggend startpunt zijn de planetaire grenswaarden die wetenschappers voor het beantwoorden van precies die vraag ontwikkelden. Planetaire grenswaarden vertegenwoordigen de buitengrenzen van het decor waarop de mens nog waardig kan acteren ('safe operating space for humanity') en bevatten in de optiek van dit essay een dwingende instructie aan de rechtsstaat. In de woorden van de bedenkers van het concept:

'We have tried to identify the Earth-system processes and associated thresholds which, if crossed, could generate unacceptable environmental change. We have found nine such processes for which we believe it is necessary to define planetary boundaries: climate change; rate of biodiversity loss (terrestrial and marine); interference with the nitrogen and phosphorus cycles; stratospheric ozone depletion; ocean acidification; global freshwater use; change in land use; chemical pollution; and atmospheric aerosol loading. (...)

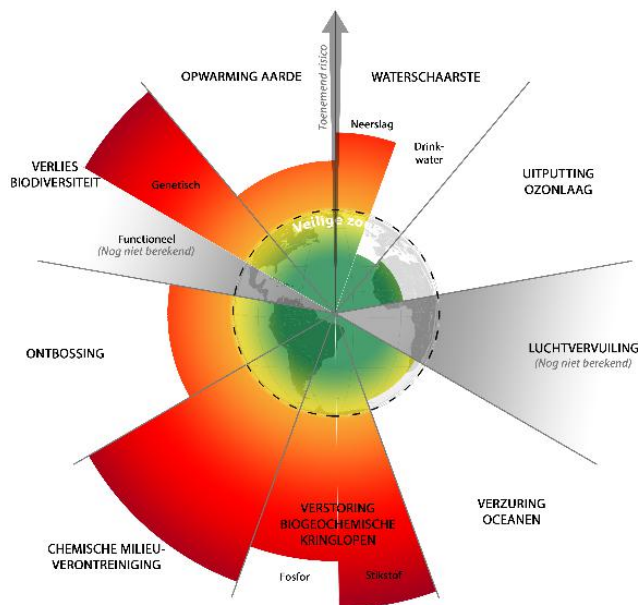
These boundaries define the safe operating space for humanity with respect to the Earth system and are associated with the planet's biophysical subsystems or processes. Although Earth's complex systems sometimes respond smoothly to changing pressures, it seems that this will prove to be the exception rather than the rule. Many subsystems of Earth react in a nonlinear, often abrupt, way, and are particularly sensitive around threshold levels of certain key variables. If these thresholds are crossed, then important subsystems, such as a monsoon system, could shift

into a new state, often with deleterious or potentially even disastrous consequences for humans.'¹⁵

De doelstelling van de wetenschappers die de planetaire grenswaarden ontwikkelden (en voortdurend aanvullen en verfijnen), is dus om een veilige zone voor de mens te garanderen zoals dat gedurende het holoceen altijd het geval is geweest. We kunnen ons de aarde voorstellen als een ruimtecapsule bestaande uit negen wanden die de mensheid beschermen tegen de wrede onherbergzaamheid van de kosmos (zie figuur 1). Is de integriteit van een enkele wand eenmaal gecompromitteerd, dan volgen er als vallende domino's al snel meer. Het is alarmeerd dat precies dat proces zich nu in ijzingwekkend tempo voltrekt: in 2009 meldde de onderzoeksgroep nog dat drie grenzen waren overschreden, recent sneuvelde de vijfde planetaire grenswaarde voor chemische milieuverontreiniging.

15 J. Rockström e.a., A Safe Operating Space for Humanity, *Nature* (461) 2009, p. 472-475, p. 472.

Figuur 1 Planetaire grenzen *Figuur ontleend aan Wikipedia, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Planetaire_grenzen_2022.png.*



Het is nauwelijks nog noodzakelijk uitgebreid stil te staan bij de catastrofale implicaties van dit ineensorten van ons gemeenschappelijke huis, in de figuur geïllustreerd door de rode vlakken die buiten de groengekleurde veilige zone vallen.

Dier- en plantensoorten sterven ongeveer duizend keer sneller uit dan het geval was voordat de geïndustrialiseerde mens ten tonele verscheen,¹⁶ wat duidt op een zesde 'massa-uitsterven' (de eerste en ongetwijfeld meteen laatste waarvan de mens getuige zal zijn).¹⁷ Klimaatverandering voltrekt zich inmiddels dermate dramatisch snel en zichtbaar dat zelfs de meest hardnekkige scepticus zo langzamerhand zou moeten gaan twijfelen aan de houdbaarheid van die positie.¹⁸ Over de stikstofcrisis hoeft een Nederlands publiek eigenlijk niet meer te worden voorgelicht, al zal niet iedereen zich realiseren dat sinds het begin van de twintigste eeuw met het Haber-Bosch-proces atmosferische stikstof is omgezet in ammoniak om er vervolgens op duizelingwekkende schaal kunstmest mee te produceren, waardoor de mondiale stikstofcyclus ingrijpend wijzigde. Zonder die (zeer energie-intensieve¹⁹) technologische list zou de aarde nog niet eens voldoende plantaardig leven kunnen voortbrengen om de helft van de huidige wereldbevolking te voeden, maar tegelijkertijd is hetzelfde proces in belangrijke mate verantwoordelijk

voor de stikstof-, biodiversiteits- en klimaatcrisis waar de wereldbevolking nu mee worstelt.

Sinds de jaren vijftig is de productie van chemicaliën vervijftigvoudigd, en het mag eigenlijk niet verbazen dat zeer recent ook deze planetaire grenswaarde (die plastic omvat) is overschreden.²⁰ Hoewel het grotendeels onbekend is hoe de grofweg 350.000 verschillende chemicaliën die op de wereldmarkt worden verhandeld vitale aardse systemen beïnvloeden, volgen alarmerende berichten over hun uitwerking op mens en milieu elkaar in een steeds hoger tempo op.²¹

Ook de planetaire grenswaarde voor zoetwater is gesneuveld, een feit waarvan de gevolgen zelfs voor Nederland niet langer als de ver-van-mijn-bedshow kan worden afgedaan.²² Het behoeft geen betoog dat zoetwater de levensader van al het aardse leven is, en schaarste een bron van ongekend lijden en politiek en niet zelden ook gewelddadig tumult belooft.²³

Samenvattend is de toestand van de voor de mens vitale natuurlijke infrastructuur kritisch, en dat zou voor de rechtswetenschap aanleiding moeten zijn om planetaire

16 S.L. Pimm e.a., The Biodiversity of Species and Their Rates of Extinction, Distribution, and Protection, *Science* (344) 2014, DOI:10.1126/science.1246752.

17 R.H. Cowie e.a., The Sixth Mass Extinction: Fact, Fiction or Speculation?, *Biological Reviews* (7) 2022, afl. 2, p. 640-663.

18 Paradoxaal genoeg blijkt het tegengestelde echter het geval, zie *Climate Change: A Growing Skepticism*, beschikbaar op het internet op www.ipsos.com/en/obscop-2022.

19 S.C. D'Angelo e.a., Planetary Boundaries Analysis of Low-Carbon Ammonia Production Routes, *ACS Sustainable Chemistry & Engineering* (29) 2021, afl. 9, p. 9740-9749.

20 L. Persson e.a., Outside the Safe Operating Space of the Planetary Boundary for Novel Entities, *ACS Environmental Science & Technology* (56) 2022, afl. 3, p. 1510-1521.

21 Waaronder de aanwezigheid van PFAS in allerlei diersoorten, variërend van insecten tot grote zoogdieren, zie *Alarming Toxic 'Forever Chemicals' Found in Animals' Blood - Study*, *The Guardian* 22 februari 2022, www.theguardian.com/environment/2023/feb/22/animal-toxic-pfas-contamination-study en PFAS zitten overal. De rijksoverheid reageerde eerst langzaam, en nu lukraak, NRC 14 juli 2023, www.nrc.nl/nieuws/2023/07/14/pfas-zitten-overal-de-rijksoverheid-reageerde-eerst-langzaam-en-nu-lukraak-a4169680.

22 L. Wang-Erlandsson e.a., A Planetary Boundary for Green Water, *Nature Reviews Earth & Environment* 2022, <https://doi.org/10.1038/s43017-022-00287-8>. Betrouwbare data voor Europa zijn inzichtelijk op de website van de European Drought Observatory: <https://edo.jrc.ec.europa.eu/edov2/vhp/index.php?id=1000>.

23 T. Bernauer & T. Böhmelt, International Conflict and Cooperation over Freshwater Resources, *Nature Sustainability* (3) 2020, p. 350-356.

grenswaarden een centrale plaats toe te kennen bij het inhoudelijk concretiseren van private en publieke rechten en plichten.

4 Geo-constitutionele recalibraties

Inspiratie voor het beantwoorden van de vraag *hoe* een rechtsorde zich uit eigen beweging kan onderwerpen aan de natuur als hogere bron van regulering en tegelijkertijd trouw kan blijven aan de rechtsstaatgedachte ontleen ik aan het Europese recht.

Op een eerste hoger niveau van abstractie bewijst de Europese Unie (EU) dat het recht een weerlegbare juridisch afdwingbare aanname kan bevatten die een alternatieve reguleringsorde, ten aanzien van datzelfde recht, hiërarchische superioriteit verschaft. In het geval van de EU bestaat die hogere reguleringsorde uit de markt, waarvan in een door oorlog verwoest Europees continent meer vreedzame cohesieve werking werd verwacht dan van territoriaal geënt centrifugaal werkend recht. Het hart van de EU bestaat daarom sinds jaar en dag uit vier marktvrijheden die functioneren op basis van een weerlegbare aanname dat rechtsregels die een barrière vormen voor de interne markt rechtsgeldigheid ontberen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van bijvoorbeeld art. 34 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), dat zelfs dusdanig ondubbelzinnig en onconditioneel is geredigeerd dat marktactoren dat verbod rechtstreeks bij de nationale rechter kunnen afdwingen:

‘Kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.’

Het verdrag maakt deze algemene aanname vervolgens weerlegbaar uit hoofde van de in art. 36 van het VWEU uitputtend opgesomde en restrictief te interpreteren uitzonderingsgronden.²⁴

In de neoliberale Europese rechtsorde heelt de interne markt de door het recht veroorzaakte en bestendigde territoriale tectonische breuken die het Europese continent eeuwen tot een bloedig strijdtonel voorbestemden. In een geo-constitutionele rechtsstaat wordt daarentegen de universeel zelfregulerende natuurlijke infrastructuur voor aards leven de vector voor vrede. Het recht moet daartoe zodanig worden geconcipieerd dat, gedreven door een verlangen een einde te maken aan de

24 Art. 36 VWEU bepaalt: ‘De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.’

destructieve immorele oorlog tussen mens en natuur, burgers naar het voorbeeld van art. 34 van het VWEU daartoe juridisch gemachtigd worden.

In algemene zin impliceert dit de mogelijkheid van directe inroepbaarheid van op universele *geo-dictie* gestelde ver- en geboden. Het denken in termen van geo-dictie impliceert dat een dergelijk beroep in beginsel door iedereen, tegen iedere inbreuk, overal zou moeten kunnen worden ingesteld. Op deze fundamentele hoofdregel zullen uitzonderingen moeten bestaan, zoals art. 36 van het VWEU daarin voorziet ten aanzien van art. 34 van het VWEU.

Het juridisch operationeel gestalte geven aan een geo-constitutionele rechtsstaat is een immense uitdaging die baanbrekend denkwerk van mondiaal samenwerkende rechts- en natuurwetenschappers veronderstelt, en neemt ongetwijfeld vele jaren in beslag. Dat intimiderende feit laat onverlet dat:

- voor een waardig en rechtvaardig bestaan van huidige en toekomstige generaties een door de ecologische werkelijkheid ingegeven recalibratie van de rechtsstaat noodzakelijk is;
- dankzij belangrijk voorwerk verricht op het gebied van onder andere planetaire grenswaarden, Earth system governance, enzovoort direct met dat project begonnen kan worden; en
- daarbij de rol en het gewicht van respectievelijk de regulerende mens en de regulerende natuur de nieuw te vestigen hiërarchie moet weerspiegelen (dat wil zeggen ‘regulerende natuur’ prevaleert boven ‘regulerend recht’, en ‘regulerend recht’ op zijn beurt boven ‘regulerende markten’ en ‘regulerende technologie’).

Op een lager niveau van abstractie toont het EU-recht bovendien welke beginselen dienstbaar zijn aan de transitie naar een dergelijke geo-constitutionele rechtsorde. Hierbij denk ik concreet aan de fundamenten waaraan de EU-rechtsorde haar gezag jegens nationale rechtsordes ontleent: de beginselen van autonomie, loyaliteit, voorrang, uitputting en fundamentele rechten.²⁵

In het geval van de EU regelen deze beginselen de gezagsverhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes, terwijl dit essay de gezagsverhouding tussen *reguleringsordes* betreft. Niet de gezagsverhouding tussen nationaal en Europees recht, maar die tussen regulerende natuur en regulerende mens (recht, markt en technologie) vraagt om onze aandacht. Kunnen de juridische doctrines van autonomie, loyaliteit, voorrang, uitputting en fundamentele rechten, die de gezagsverhoudingen tussen *rechtsordes* regelen, ook bepalend zijn voor de transitie naar een geo-constitutionele rechtsstaat?

Mijn antwoord luidt voorzichtig hoopvol bevestigend. ‘Voorzichtig’ omdat het me onvoldoende aan bescheidenheid ontbreekt me niet te realiseren dat er veel meer denkwerk vereist is voordat wezenlijke stappen richting

25 D. Chalmers e.a., *European Union Law* (vierde druk), Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 202-219.

een geo-constitutionele rechtsstaat gezet kunnen worden. ‘Hoopvol’ omdat ook een bescheiden poging in die richting als wezenlijk mag gelden.

Om zo concreet mogelijk te illustreren waarom ik denk dat de onderling verwante en deels overlappende beginselen van autonomie, loyaliteit, voorrang, uitputting en fundamentele rechten een rechtsorde dienstbaar kunnen maken aan de hogere natuurlijke reguleringsorde, zal ik in het navolgende regelmatig terugkeren naar het voorbeeld van de wolf in de bestaande en inspirerende juridische context van de Habitatrictlijn.

4.1 Autonomie

Voor een rechtsorde impliceert het beginsel van autonomie een vermogen zelf te bepalen welk recht van toepassing is op binnen die rechtsorde te beantwoorden rechtsvragen. Het beginsel van autonomie geldt derhalve als een ‘constitutional principle of self-assertion’²⁶ of anders wel als een ‘disguised claim to sovereignty’.²⁷

Er valt uiteraard veel meer te zeggen over het beginsel, waarbij de meningen op belangrijke punten flink uiteen kunnen lopen, maar voor onze doeleinden is hiermee voorlopig genoeg gezegd. De vraag die ik namens onze Doetinchemse wolf wil beantwoorden (maar uiteindelijk niet minder voor rivieren, oceanen, klimaat, bodem, insecten, enzovoort), is of een aldus begrepen beginsel van autonomie behulpzaam kan zijn bij het verheffen van het gezag van de regulerende wolf boven dat van de middels recht, technologie en recht regulerende mens. Is een rechtsorde denkbaar die een wolf in staat stelt met een ‘self-asserted claim to sovereignty’ zich zodanig te manifesteren dat niet de mens maar diezelfde wolf bepaalt welke rechtsregels op zijn geval van toepassing zijn? In een vroege Spaanse zaak over de mate van beleidsvrijheid bij het aanwijzen van speciale beschermingszones voor vogels was in feite precies die vraag aan de orde.²⁸ Het Hof benaderde het vraagstuk of vogels of mensen bepalen wat in navolging van art. 4(1) van de Vogelrichtlijn als ‘de meest geschikte gebieden als speciale beschermingszones’ moet worden aangewezen als volgt:

‘Weliswaar beschikken de Lid-Staten over een zekere beoordelingsmarge ten aanzien van de keuze van de speciale beschermingszones, maar voor de aanwijzing van die zones gelden bepaalde in de richtlijn aangegeven ornithologische criteria, zoals de aanwezigheid van de in bijlage I genoemde vogelsoorten ener-

zijds, en de aanduiding van een leefgebied als watergebied anderzijds.’²⁹

Het zijn dus niet ambtenaren of verkozen politici maar *vogels* die uitmaken welke gebieden als speciale beschermingszones moeten worden aangewezen. Dat daarbij enige beleidsvrijheid resteert (waar precies de paaltjes in de grond geslagen moeten worden), neemt niet weg dat het Hof kon vaststellen dat een bepaald gebied door de vogels was voorbestemd om als speciale beschermingszone te worden aangewezen, en dat de Spaanse autoriteiten in dat opzicht hadden verzaakt. Als de Europese rechter tot die slotsom kon komen, geldt datzelfde natuurlijk voor een daarop door burgers direct aangesproken nationale rechter. Art. 4(1) van de Vogelrichtlijn machtigt wat dat betreft vogels op een manier die doet denken aan de manier waarop art. 34 van het VWEU marktactoren van nationale bureaucratieën emancipeert.

Met wat creatief denken is deze uitspraak een uiting van het beginsel van autonomie waardoor het regulerende gezag van vogels wordt (h)erkend. Vogels ‘reguleren’ omdat ze, zeer beperkte uitzonderingen daargelaten, door hun enkele aanwezigheid het toepasselijke recht (in casu de Vogelrichtlijn) en daarmee de bestemming van een stuk aarde dicteren. Vogels zijn in die zin de *autonome belichaming* van een juridisch regime, en dragers van territoriaal fluïde ‘geo-dicties’.

Op dezelfde wijze lees ik het antwoord van het Hof op de vraag van de Roemeense rechter waarmee ik dit essay opende:

‘Bijgevolg moet worden geoordeeld dat uit de context van artikel 12 van de habitatrictlijn blijkt dat de territoriale werkingssfeer van dit artikel ten aanzien van een beschermde soort als de wolf ook gebieden buiten de beschermde gebieden, en in het bijzonder door de mens bewoonde gebieden, kan omvatten.

Het gebruik van de woorden “in het wild levend” en “in de natuur” in artikel 12, lid 1, onder a) respectievelijk c), van de habitatrictlijn doet niet af aan deze vaststelling. *Het moet aldus worden opgevat dat de strikte bescherming van beschermde diersoorten door middel van de verbodsbepalingen van artikel 12, lid 1, van deze richtlijn niet alleen van toepassing is op bepaalde plaatsen, maar geldt voor alle in de natuur of in het wild levende specimens van beschermde diersoorten die dus een rol vervullen in natuurlijke ecosystemen, waarbij deze bescherming niet noodzakelijkerwijs geldt voor specimens die op legale wijze in gevangenschap worden gehouden.*³⁰

Weer geldt dat de van jachtgrond naar jachtgrond zwerende wolf het beschermingsregime van de Habitatrictlijn met zich draagt. Aanwezigheid van de wolf

26 S. Hindelang, Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJEU’s Judgement in *Achmea Put in Perspective*, *European Law Review* (44) 2019, afl. 3, p. 383-400.

27 J-W. van Rossem, *Autonomy in EU Law: More Is Less?*, in: R.A. Wessel & S. Blockmans (red.), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 13-42 (hoofdstuk 2), p. 13.

28 HvJ EG 2 augustus 1993, C-355/90, ECLI:EU:C:1993:331 (Commissie/Spanje).

29 HvJ EG 2 augustus 1993, C-355/90, ECLI:EU:C:1993:331 (Commissie/Spanje), par. 26 (curs. HS).

30 HvJ EU 11 juni 2020, C-88/19, ECLI:EU:C:2020:458 (*Alianța pentru combaterea abuzurilor*), par. 43-44 (curs. HS).

in de Doetinchemse achtertuin stelde automatisch de door art. 12 gevestigde weerlegbare aanneme in werking dat het dier niet gedood, verplaatst of zelfs verstoord mag worden, waarbij zoals gezegd het feit dat het zich in 'door de mens bewoonde gebieden' ophield volgens het Hof irrelevant is.³¹

Successen geassocieerd met de Vogel- en de Habitatrichtlijn zijn in belangrijke mate terug te voeren tot het erin latent verankerde beginsel van autonomie van de natuurlijke reguleringsorde. In het kader van een geo-constitutionele recalibratie van de rechtsorde is het beginsel van autonomie van algemene toepassing.

4.2 Loyaliteit

In een geo-constitutionele rechtsstaat involveert het loyaliteitsbeginsel dat wat het recht uit hoofde van zijn aard marginaliseert of zelfs uitsluit, in het bijzonder niet-mensen ('de natuur'), niet-burgers, en toekomstige generaties. Het loyaliteitsbeginsel fungeert dus als de vector die het antropocentrische, provinciale en retrospectieve DNA van de rechtsstaat op inclusieve wijze manipuleert. In een geo-constitutionele rechtsstaat is 'inclusiviteit' geen politiek dogma, maar bovenal het praktische antwoord op de vraag hoe gestand kan worden gedaan aan de centrale fictie van de suprematie van het recht zonder daarmee een ecologisch Armageddon over zichzelf af te roepen. Het beginsel geeft daarnaast uitdrukking aan een streven naar *interspecies* en intergenerationale rechtvaardigheid.

Van alle hier te behandelen beginselen is het loyaliteitsbeginsel het meest veelzijdig en het minst vastomlijnd. De invulling en handhaving van het loyaliteitsbeginsel zijn, zelfs nog meer dan bij de andere eerder besproken beginselen, een taak van de rechter. Juist *omdat* het beginsel van loyaliteit zich goeddeels onttrekt aan het zelfzuchtige, korte termijn politieke belang van een lokale democratische meerderheid kan het die rol van intermediair tussen mens en natuur, tussen het lokale en planetaire, en tussen het heden en de toekomst vervullen.

Ter illustratie: art. 4(3) van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) duidt het beginsel van loyaliteit als volgt:

'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.

De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

31 Uitzonderingen op dit verbod zijn opgenomen in art. 16. De wolf die op 10 juli 2023 een boer beet nadat laatstgenoemde het dier aanviel, had naar alle waarschijnlijkheid niet gedood mogen worden. Zie Experts 'zetten vraagttekens' bij doodschieten wolf die boer aanviel, NOS 10 juli 2023, <https://nos.nl/artikel/2482262-experts-zetten-vraagttekens-bij-doodschieten-wolf-die-boer-aanviel>.

De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.'

Deze versie van het loyaliteitsbeginsel bevat een aantal belangrijke aanknopingspunten voor de rol van het beginsel in een geo-constitutionele rechtsstaat.³²

Het elkaar 'respecteren' en 'steunen' (eerste alinea) geeft uitdrukking aan het soort symbiotische relatie die ook een geo-constitutionele rechtsorde kenmerkt. Symbiose manifesteert zich in het EU-recht op verschillende manieren. Zo delen lidstaten en Unie bevoegdheden op het terrein van bijvoorbeeld het milieu (art. 4(e) VWEU), en is de prejudiciële procedure van art. 267 van het VWEU gestoeld op horizontale samenwerking tussen nationale rechters en het Hof.

Tegelijkertijd verraden de tweede en derde alinea wel degelijk een achterliggende hiërarchie: in het geval van de EU zijn het de lidstaten die proactief moeten handelen of nalaten om de doelstellingen van de Unie te verwezenlijken c.q. niet in gevaar te brengen.³³ In een geo-constitutionele rechtsorde operationaliseert het loyaliteitsbeginsel op soortgelijke wijze de symbiose tussen mens en natuur, en doet dat in navolging van de feitelijke hiërarchische superioriteit van universele natuurlijke reguleringsystemen boven lokaal recht.

Het bereik van het beginsel strekt zich uit van het procedurele tot het materiële en institutionele recht³⁴ en bezit in die hoedanigheden een temporeel (loyaliteit met toekomstige generaties), ruimtelijk (extraterritoriale loyaliteit) en conceptueel (loyaliteit met niet-mensen) potentieel. Procedureel moet vooral worden gedacht aan allerhande in temporele, conceptuele en territoriale zin innovatieve rechtsmiddelen, inclusief voorlopige voorzieningen, die rechters als onderdeel van hun rechtsprekende taak op basis van het loyaliteitsbeginsel in het leven kunnen roepen.³⁵

32 Het EU-rechtelijke beginsel heeft veel weg van het beginsel van *Bundestreue*, dat van jurisprudentiële oorsprong is, Case 1 BvF 2/51 Finanzausgleichsgesetz [1952] BVerfGE 1, 117; Case 2 BvH 2/52 Wohnungsbauförderung [1952] BVerfGE 1, 299, 314. Het beginsel overlapt met, maar is desalniettemin te onderscheiden van het solidariteitsbeginsel, dat zich richt op de verhouding tussen lidstaten.

33 Het Hof heeft echter een mate van wederkerigheid bewerkstelligd, in de zin dat met name de Commissie zich loyaal richting de lidstaten dient op te stellen, zie HvJ EG 13 juli 1990, C-2/88, ECLI:EU:C:1990:315 (Zwartveld). Een dergelijke wederkerigheid ligt niet voor de hand wat betreft toekomstige generaties en niet-mensen, maar mag daarentegen wel verwacht worden van niet-ingezetenen.

34 De institutionele dimensie van loyaliteit heeft een expliciete verdragsbasis in art. 13(2) VEU. 'Iedere instelling handelt binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar in de Verdragen zijn toegedeeld en volgens de daarin bepaalde procedures, voorwaarden en doelstellingen. *De instellingen werken loyaal samen*' (curs. HS).

35 In het EU-recht zijn er legio voorbeelden van door het loyaliteitsbeginsel ingegeven innovaties in rechtsmiddelen. Zie P. Zinonos, *Revisiting the EU Legal System: Substantive & Procedural Loyalty for the Judicial Enforcement of the Rule of Law*, *European Public Law* 2021, p. 383-402. Zoals blijkt uit bijv. de uitspraak van het Colombiaanse Constitutioneel Hof in Atrato (waarover meer in par. 4.5) vervult het beginsel die rol ook internationaal: 'In summary, only from an attitude of deep respect and humility with nature, its members and their culture, is it possible to enter into

Het loyaliteitsbeginsel beïnvloedt het materiële recht omdat het impliceert dat alle passende maatregelen worden genomen die nodig zijn om de hiërarchische superioriteit van zelfregulerende systemen gestand te doen, en vervolgens een interpretatie van dat recht oplegt die zijn *effet utile* waarborgt.³⁶ Het is, bij wijze van voorbeeld, alleszins voorstelbaar dat de natuurherstelverordening waarover midden juli politieke overeenkomst werd bereikt haar schaduw in materiële zin vooruitwerpt, omdat uit het beginsel van loyaliteit een verplichting voortvloeit om al het nodige te doen en na te laten om verdere achteruitgang van de natuur te voorkomen.³⁷

Ten slotte betekent loyaliteit dat iedere institutionele architectuur verenigbaar moet zijn met een effectief engagement met de complexe planetaire zelfregulerende systemen waaraan een geo-constitutionele rechtsorde dienstbaar is. In die institutionele zin doet het loyaliteitsbeginsel denken aan het zogenaamde integratiebeginsel zoals verwoord in art. 11 van het VWEU:

‘De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.’

4.3 Voorrang

Wanneer natuurlijke en juridische reguleringsordes botsen, beslecht het beginsel van voorrang de uitkomst van dat conflict, simpelweg door de zelfregulerende natuur voorrang te verschaffen boven de regulerende mens. In een geo-constitutionele rechtsstaat draagt een dergelijke voorrangsregel bij tot het oplossen van conflicten en beschermt deze de integriteit van de universeel zelfregulerende natuurlijke systemen die anders door nationale rechtsregels zouden kunnen worden doorkruist.

Ik heb zojuist verdedigd dat als gevolg van het beginsel van autonomie de enkele aanwezigheid van een wolf normatieve werking heeft. Die eco-normativiteit botst natuurlijk vaak met de in het recht besloten juridische normativiteit. De eigenaar van de tuin in Doetinchem kan zich bijvoorbeeld willen beroepen op zijn eigendomsrecht, of op het recht op een ongestoord gebruik van het gehuurde. Het beginsel van voorrang betekent in dergelijke gevallen dat de eco-normatieve claim van de wolf die van de Doetinchemse bewoners in eerste instantie overstijgt.

‘In eerste instantie’ omdat in tegenstelling tot het EU-recht, dat ten behoeve van zijn nuttige effect (*effet utile*) geen uitzonderingen op het beginsel van voorrang toe-

relationships with them in fair and equitable terms, leaving aside any concept that is limited to the simply utilitarian, economic or efficiency.’ Uitspraak T-622/16 (Atrato Rivier) Constitutioneel Gerecht Colombia (2016), vertaald door het Dignity Rights Project, <http://files.harmonywithnature.org/uploads/upload838.pdf>.

36 Naar het voorbeeld van art. 4(3) VEU.

37 Zie het als gevolg van de laatste onderhandelingen ongetwijfeld sterk gewijzigde voorstel voor een verordening betreffende natuurherstel, COM/2022/304 final.

laat, gezien onze ambitie een symbiotische geo-constitutionele rechtsorde te scheppen het beginsel die onherroepelijkheid niet kan bezitten. Een absoluut beginsel van voorrang zou immers betekenen dat een onhoudbare situatie waarin de natuur altijd horig is aan het recht ingeruild wordt voor een evenzo onhoudbare situatie waarin het recht altijd horig is aan de natuur. Hoe de wenselijke symbiose tussen mens en natuur dan wel juridisch precies gestalte zou moeten krijgen, is een allesbehalve eenvoudige vraag, die bovendien *in abstracto* moeilijk te beantwoorden is. Twee algemene uitgangspunten moeten daarbij echter richtinggevend zijn:

1. De *de facto* hiërarchische superioriteit van natuurlijke reguleringsprocessen boven het recht impliceert een weerlegbare aanname die de natuurlijke reguleringsorde prioriteit verschafft boven het recht.
2. Het enkele feit dat een recht grondwettelijke status geniet, zoals bijvoorbeeld het recht op eigendom, leidt in geval van conflict niet automatisch tot weerlegging van de onder 1 geformuleerde aanname.

Voor een eerste indruk van de positiefrechtelijke implicaties van beide uitgangspunten biedt art. 6(4) van de Habitatrichtlijn houvast:

‘Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, *bij ontstentenis van alternatieve oplossingen* [curs. HS], om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de Lid-Staat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De Lid-Staat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.’

Het ‘bij ontstentenis van alternatieve oplossingen’ verwoordt in dit voorbeeld uitgangspunt 1: eco-dicties prevaleren boven jurisdicties, tenzij dwingende redenen van *openbaar* belang tot een uitzondering op de hoofdregel nopen, en er bovendien geen alternatieve mogelijkheden voorhanden zijn.

De nadruk op de noodzaak van een *publieke* rechtvaardiging voor uitzonderingen op uitgangspunt 1 is in feite een manifestatie van uitgangspunt 2. Het ‘met inbegrip van redenen van sociale of economische aard’ is daarom een overbodige en onwenselijke toevoeging, omdat hiermee de deur wordt geopend voor het argument dat het private eigendoms- of sociale belang van boer Harmen het belang van de ecologische integriteit van een gebied zou kunnen overstijgen. Dat zou echter juist niet

zo mogen zijn, mede omdat niets een eventuele uit publieke gelden bekostigde schadevergoeding voor boer Harmsen in de weg staat. De vraag of ten behoeve van het afwenden van een voedselcrisis boeren moet worden toegestaan bepaalde maatregelen te treffen die negatieve gevolgen hebben voor gebieden kan daarentegen onder omstandigheden wel legitiem bevestigend worden beantwoord.

Op dezelfde manier kan worden omgegaan met andere planetaire grenswaarden zoals water en nitraat, waardoor boer Harmsen in een juridische context komt te opereren waarin het gebruik van grondwater en nitraten onderwerp wordt van een ‘nee, tenzij’-regime.

4.4 Uitputting

Het beginsel van uitputting speelt in een federale constitutionele context vaak een belangrijke rol, kent verschillende verschijningsvormen en heeft ook in het EU-recht een aanwezigheid.

Uitputting is een complexe doctrine, die bovendien zeer nauw verwant is met het loyaliteitsbeginsel.³⁸ Metaforisch dient het beginsel ongeveer hetzelfde doel als de badhanddoek die de Duitse badgast in alle vroegte over een van de schaarse Zeeuwse strandstoelen drapeert: het betekent ‘bezet’. Juridisch kennen badhanddoeken hun equivalent als bevoegdheden (in het EU-recht te vinden in art. 3-6 VWEU). Art. 2(1) van het VWEU stelt ten aanzien van de EU’s exclusieve bevoegdheden (opgesomd in art. 3 VWEU) bijvoorbeeld:

‘In de gevallen waarin bij de Verdragen op een bepaald gebied een exclusieve bevoegdheid aan de Unie wordt toegedeeld, kan alleen de Unie wetgevend optreden en juridisch bindende handelingen vaststellen, en kunnen de lidstaten zulks slechts zelf doen als zij daartoe door de Unie gemachtigd zijn of ter uitvoering van de handelingen van de Unie.’

Een geo-constitutionele symbiotische rechtsorde geeft voorrang aan de als autonoom en universeel geconcipeerde natuurlijke reguleringsorde, en kan daarmee niet ontkomen aan de vraag in welke gevallen, en hoe, de natuur reguleringsmacht preëemptief voor zich opeist (uitput). Het eenvoudigste geval doet zich in dat opzicht voor als (naar het Doetinchemse voorbeeld) de wolf zich feitelijk heeft gevestigd. De beginselen van autonomie en voorrang impliceren een verbod op significante achteruitgang van dat specifieke gebied, waarmee alternatieve bestemmingen, behoudens voornoemde uitzonderingsgevallen, uitgesloten zijn. De wolf eist in die zin de bestemming van een bepaald gebied voor zich op, wat

constitutioneel te duiden is als gevolg van een uitputtingsleer.

Het idee van uitputting bezit dus een temporeel dynamisch karakter, in een eerste beperkte zin dat de wolf de *toekomstige* bestemming van een op enig moment aan hem verbonden habitat bepaalt. In het kader van art. 3-6 van het VWEU werpen EU-bevoegdheden hun schaduw in de tijd echter op een nog fundamenteelere manier vooruit: zelfs als de EU een bevoegdheid (nog) *niet* uitoefende, staat het lidstaten niet vrij op die bevoegdheidssterreinen beleidsmatig actief te zijn. De vraag doet zich daarom voor of in een geo-constitutionele rechtsorde de temporele en territoriale werking van de uitputtingsleer op eenzelfde manier het hier en nu dient te overstijgen. Een territoriale uitbreiding van de uitputtingsleer zou zich bijvoorbeeld voordoen als, ondanks het feit dat een wolf zich een bepaald potentieel geschikt gebied nog niet heeft eigen gemaakt, bepaalde bestemmingen voor dat gebied met het oog op de *eventuele* terugkeer van de wolf niettemin zijn uitgesloten. Van een temporele uitbreiding zou sprake kunnen zijn als de aanwezigheid van de wolf in het (verre?) verleden in een bepaald gebied, bijvoorbeeld met het oog op een mogelijke terugkeer, sommige bestemmingen van zo’n gebied uitsluit.

Voor een territoriale en temporele uitbreiding van de uitputtingsleer valt wat mij betreft veel te zeggen. Allereerst vloeit zo’n interpretatie voort uit het voorzorgsbeginsel: wetenschappelijke onzekerheid over toekomstige bewegingen van de wolf rechtvaardigt niet een onherstelbare verwoesting van (meer dan hypothetische) toekomstige habitats van diezelfde wolf.³⁹ Bovendien luidt het antropoceen het einde van de met het holoceen geassocieerde (klimaat)stabiliteit in, wat zich manifesteert als significante migratiestromen van allereerste diersoorten naar nieuwe habitats.⁴⁰ Een territoriaal dynamische opvatting van uitputting staat dus meerdere badhanddoeken toe die mogelijk geschikte habitats voor deze migrerende soorten alvast aanwijzen en beschermen.

4.5 Fundamentele rechten

Fundamentele rechten vervullen in een geo-constitutionele context twee functies: materieel beschermen ze de integriteit van ecologische kernwaarden (zoals planetaire grenswaarden) tegen democratisch gelegitimeerde incursies, en daarnaast zijn ze door hun directe inroepbaarheid instrumenteel in het mobiliseren van burgers die deze kernwaarden beschermen tegen overheidsfalen. Het lot van de natuur komt daarmee in handen van burgers, en is niet langer exclusief afhankelijk van een door industriële belangen gekepte politieke en technocratische elite. Weer dringt zich de vergelijking

38 Gezien de verwantschap met het loyaliteitsbeginsel valt er zelfs iets voor te zeggen dat uitputting niet moet worden gezien als zelfstandig Europeesrechtelijk beginsel. Zie M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 121. M. Cappelletti, M. Secombe & J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, in: M. Cappelletti, M. Secombe & J.H.H. Weiler (red.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Berlijn: De Gruyter 1986, p. 3-71, p. 32.

39 Zie beginsel 15 van de Verklaring van Rio, dat dicteert dat als er kans is op serieuze of onomkeerbare schade, het gebrek aan volledige wetenschappelijke zekerheid niet gebruikt mag worden als reden om passende maatregelen uit te stellen.

40 Zie bijv. *Spain Drought Forces Fuente de Piedra Flamengos to Find New Home*, BBC News 18 juni 2023, www.bbc.co.uk/news/world-europe-65938869.

met het Europese recht op, in het bijzonder Van Gend & Loos:

‘(...) dat de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat de artikelen 169 en 170 aan de Commissie en de Lid-Staten opdragen; Overwegende dat uit het voorgaande volgt, dat naar de geest, de inhoud en de bewoordingen van het Verdrag artikel 12 in die zin moet worden uitgelegd, dat het directe werking heeft en rechten schept welke handhaving aan de nationale rechters kan worden gevraagd.’

Het begrip ‘safe operating space for humanity’ impliceerde een compromisloze onvoorwaardelijkheid: we hebben het immers over de absolute ecologische minimumvoorwaarden voor een waardig menselijk bestaan op aarde. Die onvoorwaardelijkheid manifesteert zich juridisch als direct bij de rechter afdwingbare verbodsen gebodsbepalingen. Hoewel wellicht niet alle fundamentele rechten direct werken, geldt dat in ieder geval wel voor ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk geformuleerde planetaire grenswaarden. In het kader van de discussie over het beginsel van autonomie zagen we eerder al dat niet alleen verbodsbepalingen, maar ook de positieve verplichting geschikte habitats voor dier- en plantensoorten aan te wijzen direct door burgers bij de rechter kunnen worden afgedwongen.

In een *symbiotische* geo-constitutionele rechtsorde blijven fundamentele rechten echter niet het exclusieve privilege van mensen. Van een werkelijke confrontatie van met de natuur geassocieerde fundamentele rechten, zoals het huidige recht op een schoon en veilig milieu, met menselijke belangen zoals de vrijheid van meningsuiting is welbeschouwd geen sprake zolang rechtssubjectiviteit uitsluitend mensen en hun bedenksels toekomt. Het Colombiaanse Constitutioneel Hof observeerde in die zin in zijn visionaire Atrato-uitspraak:

‘(...) the greatest challenge of contemporary constitutionalism in environmental matters is to achieve the safeguarding and effective protection of nature, the cultures and life forms associated with it, and biodiversity not by the simple material, genetic or productive utility that these may represent for the human being, but because being a living entity composed of other multiple forms of life and cultural representations, *they are subjects of rights*; this produces a new imperative of comprehensive protection and respect on the part of States and societies.’⁴¹

Als de natuur rechtssubject wordt en rechten verkrijgt, beïnvloedt dat in algemene zin de inclinatie van de juridische beslechting van mens/natuur-conflicten. Dat is allereerst zo omdat de rechter niet langer wordt gedwongen dergelijke conflicten op gekunstelde wijze antropocentrisch te herdefiniëren, bijvoorbeeld klimaat-

zaken als vragen over ‘eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven’.⁴² Het conflict kan met de natuur als rechtssubject zuiverder worden bediscussieerd als een spanning tussen het (private) lokale kortetermijnbelang vertegenwoordigd door rechthebbende A en het (publieke) universele langetermijnbelang dat het natuurlijke rechtssubject B vertegenwoordigt voor C-Z. Bovendien zal de rechter bij het toekennen van het relatieve gewicht van de door respectievelijk A en B ingeropen rechten rekening moeten houden met de beginselen van autonomie, loyaliteit en voorrang zoals hierboven uitgelegd, waardoor de balans vaak zal moeten doorslaan ten faveure van de natuur als rechthebbende.

De implicaties van een nieuw ijkpunt gevormd door buiten de gemeenschap van mensen gesitueerde rechtssubjectiviteit reiken dus beduidend verder dan enkel een mogelijke verruiming van rechtstoegang: het bewerkstelligt een onvermijdelijke en wenselijke devaluatie van rechten voor natuurlijke en rechtspersonen. Een algemeen reclameverbod voor zeer milieubelastende producten of diensten wordt als gevolg van rechten van de natuur en de aldus bewerkstelligde devaluatie van bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting misschien ineens realistisch. Als zo’n verbod twintig jaar geleden ten behoeve van de volksgezondheid mondiaal voor tabaksproducten kon worden afgesproken, valt immers moeilijk in te zien waarom een dergelijke maatregel niet ook ten behoeve van de gezondheid van de longen en levensaders van onze aarde zou kunnen worden ingeroepen.⁴³

5 Concluderende reflecties

Dit essay schetste met grove pennenstreken de contouren van wat ik een geo-constitutionele rechtsstaat heb genoemd, dat wil zeggen een rechtsstaat waarin het recht uitdrukking geeft aan de weerlegbare aanname dat universele zelfregulerende natuurlijke krachten een hoger gezag genieten dan de antropogene reguleringsmodaliteiten recht, markt en technologie. Als de ambitie wordt gekoesterd binnen de rechtsstaat een maximale biodiversiteit te accommoderen, omdat het laatste bestaansvoorwaarde is voor een naakt menselijk bestaan en het eerste de vermeende essentie van dat mens-zijn uitdraagt, kan die transformatie niet langer wachten.⁴⁴

Alle vragen en controverses die dit essay onbeantwoord laat ten spijt, toont het dat het de rechtswetenschap

41 Zie noot 36, nrs. 47-48 en 142 (curs. HS).

42 Voor een overzicht van de creatieve wijzen waarop in het kader van klimaatzaken partijen dergelijke, soms enigszins geforceerde, juridische aanknopingspunten zoeken, zie de Klimaatdatabase <http://climatecasechart.com/>.

43 WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging, zie <https://wetten.overheid.nl/BWV0001706/2005-04-27>.

44 Zie Ronald Dworkin in het voorwoord van zijn *Law's Empire*: ‘We live in and by the law. (...) It makes us what we are. We are subjects of law's empire, liegemen to its methods and ideals, bound in spirit while we debate what we must therefore do.’ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, MA: Belknap Press 1986.

niet aan creativiteit of instrumentarium ontbreekt om die hervorming in gang te zetten. Het voorbeeld van de EU laat zien dat het respecteren van een hoger niet-juridisch regulerend gezag met de rechtsstaatgedachte niet onverenigbaar is, en dat met vertrouwde beginselen als autonomie, loyaliteit, voorrang, uitputting en fundamentele rechten respect voor het regulerende gezag van de natuur praktisch kan worden geoperationaliseerd. Het geo-constitutionele landschap dat opdoemde mag dan nog niet helemaal ‘ovenklaar’ zijn, als startpunt voor een inhoudelijke discussie over geo-constitutionele hervorming is het helder genoeg.

Bij het vorm geven aan die discussie past de rechtswetenschap voor de verandering eens geen bescheidenheid. Haar karakteristieke onafhankelijkheid en onbevangenheid is het enige werkende antiserum tegen een dodelijke vorm van ijdele zelfreferentialiteit die in een democratische rechtsstaat door een uit haar aard behoudend samenspel van meerderheidsbesluitvorming en respect voor individuele rechten op enig moment intreedt. Het is dus van vitaal belang dat de rechtswetenschap de samenleving confronteert met het zelfdestrucatieve pad dat is ingeslagen, en een perspectief voorlegt waarmee zij zich van die pathologische zelfreferentialiteit kan bevrijden. Dit essay biedt zo’n perspectief.

In belangrijke mate onafhankelijk is natuurlijk ook de rechter, die zich door de rechtswetenschap laat informeren en inspireren, maar uit hoofde van zijn rechtsprekende taak tegelijkertijd bij machte is werkelijke en onmiddellijke maatschappelijke verandering af te dwingen. Hoewel die vrijheid van de rechter wordt ingeperkt door het geldende recht, kan het rechtsvormende effect van de rechtspraak precies de externe schoktherapie zijn die een democratische rechtsstaat op enig moment nodig heeft om op het rechte pad te komen.

Zo is het alom bekend dat, ware het niet door het Hof van Justitie, de Europese rechtsorde zich niet had onderscheiden van het reguliere internationale recht en dus niet de vredebestichtende rol had vervuld die haar in 2012 de Nobelprijs opleverde. De Urgenda- en de Shell-uitspraak⁴⁵ zijn op soortgelijke wijze het topje van een zwaarbevochten jurisprudentiële ijsberg: burgers in de hele wereld ontlenen nu hoop en perspectief aan dergelijke uitspraken, zoals omgekeerd Nederlandse burgers zich gesterkt weten door buitenlandse uitspraken zoals Atrato.

Concreet is een (niet zelden initieel traumatische) jurisprudentiële schok geboden als democratische meerderheden en machtige rechthebbenden een evident uitzichtloos paradigma ten koste van beloftevollere alternatieven in leven houden. Het in razend tempo overschrijden van de ene planetaire grenswaarde na de andere bewijst dat zo’n uitzichtloos paradigma mens en natuur al veel te lang in een wurggreep houdt.

Het is daarom nu aan de internationale rechtswetenschap om de vele jurisprudentiële en legislatieve lichtpuntjes die overal ter wereld opgloeien te verbinden tot een globale, coherente, werkbare en rechtvaardige constitutionele architectuur, die nationale rechters en wetgevers vervolgens de weg kan wijzen. Het eindproduct mag dan ‘geo-constitutionele rechtsstaat’, ‘natuurlijk contract’ of om het even welke andere naam dragen.

45 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda); Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (Shell).