

RODE DRAAD 70 JAAR EVRM: KLIMAATVERANDERING EN STRAFRECHT: POSITIEVE VERPLICHTINGEN OP GROND VAN HET EVRM?

Sjoerd Lopik *

Samenvatting | Het EVRM verplicht tot het aanwenden van het strafrecht in geval van grove mensenrechtenschendingen. Dit leidt tot de vraag of het EVRM kan dwingen om het strafrecht in te zetten op het gebied van klimaatverandering. De grote potentiële inbreuk van klimaatverandering op mensenrechten wordt immers nauwelijks meer betwist, zo blijkt onder meer uit het Urgenda-arrest van de Hoge Raad en twee klimaatklachten die het EHRM momenteel behandelt. Deze bijdrage analyseert of het EVRM leidt tot positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering. Uit deze analyse volgt dat van dergelijke verplichtingen op dit moment waarschijnlijk geen sprake is. Door de dynamische interpretatie van het EVRM en de beweeglijkheid van het klimaatrecht kan daar echter verandering in komen.

Trefwoorden | [EVRM, klimaatverandering, positieve verplichtingen, strafrecht, dynamische verdragsinterpretatie, consensusbeginsel]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCM Bull. 2021/20

1 Inleiding

In het afgelopen decennium is zowel in de rechtspraak als rechtswetenschap een grote interesse ontstaan voor klimaatverplichtingen op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).¹ Zo leidde de Urgenda-zaak tot een bevel aan de Staat op grond van het EVRM om broeikasgasemissies te beperken² en behandelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op dit moment twee klimaatzaken.³ In de literatuur wordt ogenschijnlijk unaniem aangenomen dat klimaatverandering tot verre gaande inbreuken op mensenrechten kan leiden.⁴ Robinson, de voormalige Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties, acht de opwarming van de aarde zelfs ‘the greatest human rights challenge of the twenty-first century’.⁵

■ S.J. Lopik is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam en buitenpromovendus aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden.

1 Dit artikel is afgerond op 14 juni 2021. Met ontwikkelingen nadien is geen rekening gehouden.

2 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

3 Statement van het EHRM van 13 november 2020 inzake verzoek 39371/20, blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201130_12109_na-1.pdf en brief van het EHRM van 25 maart 2021 inzake verzoek 53600/20, blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210325_No.-A-29922017_na.pdf.

4 Zie bijvoorbeeld M. Wewerinke-Singh, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights under International Law*, Oxford: Hart Publishing 2019; T. Obokata, ‘Analysis of Climate Change from a Human Rights Perspective’, in: S. Farrall, T. Ahmed & D. French (red.), *Criminological and Legal Consequences of Climate Change*, Oxford: Hart Publishing 2012 en M. Limon, ‘Human Rights and Climate Change: Constructing a Case for Political Action’, *Harvard Environmental Law Review* 2009, afl. 33/2.

5 J.H. Albers, ‘Human Rights and Climate Change: Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations’, *Security and Human Rights* 2017, afl. 28, p. 116.

Dit roept de vraag op of het EVRM kan verplichten om het strafrecht aan te wenden om klimaatverandering te bestrijden. Het EVRM dwingt lidstaten immers tot het inzetten van het strafrecht in geval van grove mensenrechtenschendingen.⁶ De rol van mensenrechten in het strafrecht wordt van oudsher geassocieerd met de rechten van de verdachte ten opzichte van de overheid die hem vervolgt. Naast deze schildfunctie of 'defensive role' van mensenrechten in het strafrecht, wijzen mensenrechtshoven steeds vaker uitspraken waaruit een zwaardfunctie of 'offensive role' volgt.⁷ Het EVRM leidt onder meer tot plichten om bepaalde gedragingen strafbaar te stellen, plichten tot strafrechtelijk onderzoek en zelfs plichten tot bestraffing. Volgens het EHRM zouden lidstaten door gebruikmaking van het strafrecht toekomstige mensenrechtenschendingen kunnen voorkomen.⁸

Positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering zijn vooralsnog niet aan een rechter voorgelegd of in de rechtswetenschap onderzocht. Wereldwijd klinkt echter steeds vaker de roep om het strafrecht in te zetten om klimaatverandering te bestrijden.⁹ Daarnaast vindt een sterke groei van het aantal klimaatrechtszaken plaats.¹⁰ Met inachtneming van deze trends is het goed denkbaar dat een partij op enig moment strafvervolgging wegens gedragingen die leiden tot klimaatverandering zal proberen af te dwingen. Een dergelijke procedure zou dan bij het EHRM kunnen belanden, waardoor het zich op enigerlei wijze zou moeten uitlaten over de vraag of het EVRM noopt tot de inzet van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering.

Ik zal deze vraag in deze bijdrage behandelen door een analyse van relevante EHRM-jurisprudentie en literatuur daarover. Ik richt mij eerst op overwegingen uit arresten en onderwerpen uit artikelen die relevant zijn voor a) verplichtingen met betrekking tot klimaatverandering en b) verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht. Ik bespreek deze verplichtingen respectievelijk in paragraaf 2 en 3 van dit artikel. Dit artikel is niet de plaats voor een uitputtende analyse van beide onderwerpen, en ik richt mij dan ook op de deelonderwerpen die van belang zijn om te komen tot bevindingen in paragraaf 4. In die paragraaf combineer ik beide onderwerpen door te onderzoeken of het EVRM noopt tot de inzet van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering. Deze bijdrage is geschreven in het kader van de Rode Draad in dit tijdschrift ter ere van 70 jaar EVRM: 'EVRM – motor voor verandering'. Op een aantal plaatsen in de tekst zal ik dan ook beschouwen of het EVRM op het betreffende thema een motor voor verandering

6 Voor een overzicht, zie L. Lavrysen & N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 63; V. Stoyanova, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017; H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

7 F. Tulkens, 'The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights', *Journal of International Criminal Justice* 2011, afl. 9(3), p. 577-596.

8 K.M. Pitcher, 'Coercive Human Rights and Unlawfully Obtained Evidence in Domestic Criminal Proceedings', in: L. Lavrysen & N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 281.

9 Zie bijvoorbeeld R. White, 'Climate change, ecocide and the crimes of the powerful', in: G. Barak (red.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, Abingdon: Taylor & Francis 2015, p. 98-101; C. Bannister, 'Bernie Sanders Hypes His Green New Deal: Fossil Fuel Executives Should be Criminally Prosecuted', *CNS News* 23 augustus 2019, www.cnsnews.com/blog/craig-bannister/bernie-sanders-hypes-his-green-new-deal-fossil-fuel-executives-should-be; S.J. Lopik & S.H. Stax, 'Klimaatverandering en strafrecht: een verkenning', *BoomStrafblad* 2020, afl. 3, p. 118.

10 J. Setzer & L.C. Vanhala, 'Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance', *WIREs Climate Change online articles* 2019.

is. Aan het einde van dit artikel (paragraaf 5) concludeer ik of het EVRM kan dwingen om strafrechtelijk gevolg te geven aan klimaatverandering. Op die manier zou het EVRM immers een motor voor verandering kunnen zijn.

In dit artikel richt ik mij op klimaatmitigatie- en niet op klimaatadaptatiebeleid. Dit sluit aan bij het huidige publieke en politieke discours, dat zich met name op mitigatiebeleid richt. Mitigatiebeleid is bedoeld om de omvang of snelheid van de opwarming van de aarde te beperken. In de praktijk komt dit neer op maatregelen om de hoeveelheid broeikasgassen in de atmosfeer te beperken. Voorbeelden hiervan zijn het stimuleren van een overgang van fossiele naar hernieuwbare energie en het afbouwen van de veestapel. Adaptatiebeleid is bedoeld om de samenleving klimaatbestendig, oftewel minder kwetsbaar voor de gevolgen van klimaatverandering, te maken. Voorbeelden hiervan zijn het versterken en verhogen van dijken vanwege de stijgende zeespiegel en het voorbereiden van noodhulp na natuurrampen. Hoewel ik mij in dit artikel richt op mitigatiebeleid, is ook adaptatiebeleid onvermijdelijk in de strijd tegen klimaatverandering. De aandacht voor adaptatiebeleid neemt gelukkig dan ook sterk toe, zo blijkt onder meer uit de Climate Adaptation Summit die Nederland in januari van dit jaar organiseerde.¹¹

2 Klimaatverandering en het EVRM

2.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht, is het van belang om een en ander uiteen te zetten over de klimaatverplichtingen die voortvloeien uit het EVRM. De meest in het oog springende procedure over dat onderwerp is de Urgenda-zaak. Deze zaak leidde tot een bevel aan de Staat om de broeikasgasemissies eind 2020 te hebben verlaagd tot ten minste 25 procent ten opzichte van 1990. Dit bevel is gebaseerd op het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM).¹² Een voormalige president van het EHRM heeft zich positief over het Urgenda-arrest uitgelaten: 'By relying directly on the Convention, the Dutch judges highlighted the fact that the European Convention of Human Rights really has become our shared language and that this instrument can provide genuine responses to the problems of our time'.¹³ Het EHRM heeft zelf nog geen arresten over klimaatverandering gewezen, maar hier zal mogelijk verandering in komen door de Senior Women for Climate Protection-zaak en de Portuguese Youth-zaak waar ik in de inleiding van deze bijdrage al aan refereerde. Het EHRM zal deze zaken met prioriteit behandelen.¹⁴ Daarnaast heeft de Urgenda-zaak partijen in allerlei lidstaten geïnspireerd tot het aanspan-

11 Ook adaptatiebeleid raakt, hoewel op een andere manier dan mitigatiebeleid, aan mensenrechten, zie bijvoorbeeld A. Gouritin, 'Potential liability of European States under the ECHR for failure to take appropriate measures with a view to adaptation to climate change', in: M. Faure & M. Peeters (red.), *Climate Change Liability*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011, p. 134-162; M.J. Hall & D.C. Weiss, 'Avoiding Adaptation Apartheid: Climate Change Adaptation and Human Rights Law', *Yale Journal of International Law* 2012, afl. 309(37), p. 309-366.

12 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

13 L.A. Sicilianos, 'Solemn Hearing on the occasion of the opening of the judicial year', www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200131_Sicilianos_JY_ENG.pdf, 31 januari 2020, p. 4.

14 Zie voetnoot 3.

nen van soortgelijke klimaatzaken voor hun nationale rechter.¹⁵ Het is goed denkbaar dat enkele van deze procedures bij het EHRM belanden.

Rechtswetenschappelijke analyses van klimaatverplichtingen op grond van het EVRM zoeken veelal aansluiting bij de milieurechtspraak van het EHRM.¹⁶ Het EVRM biedt bescherming tegen mensenrechtenschendingen op het gebied van milieu en het EHRM heeft al meer dan 300 arresten op dit gebied gewezen.¹⁷ In de onderstaande alinea's zal ik mij enkel richten op de overwegingen uit de jurisprudentie van het EHRM, en de literatuur daarover, die het meest relevant zijn voor deze bijdrage. Dit betekent dat ik ten eerste het *real and immediate risk*-criterium bespreek, dat als uitgangspunt fungeert voor analyses van klimaatverplichtingen op grond van het EVRM.¹⁸ Vervolgens ga ik in op de *margin of appreciation* in de jurisprudentie van het EHRM, die lidstaten waarschijnlijk de nodige beleidsvrijheid laat om maatregelen te kiezen om aan hun klimaatverplichtingen te voldoen.

2.2 Real and immediate risk

Het EHRM neemt in milieuzaken als uitgangspunt dat een lidstaat burgers actief behoort te beschermen tegen dreigende gevaren. Lidstaten moeten ingrijpen als zij weten, of hadden moeten weten, van een *real and immediate risk* voor mensenlevens.¹⁹ Voorbeelden van milieu-uitspraken waarin dit uitgangspunt wordt gehanteerd zijn het Öneriyildiz-arrest uit 2004, het Budayeva-arrest uit 2008 en het Kolyadenko-arrest uit 2012. Ik zal deze uitspraken toelichten om enige kleuring te geven aan het *real and immediate risk*-uitgangspunt, en omdat deze zaken relevant zijn voor de positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht die ik zal bespreken in paragraaf 3 van dit artikel.

Het Öneriyildiz-arrest gaat over een methaanexplosie op een vuilnisbelt in Êmraniye, een district in de Turkse provincie Istanboel. De ontbinding van huisafval op de vuilnisbelt zorgde voor een gevaarlijk hoge methaanconcentratie.²⁰ Hierdoor kwam de vuilnisbelt tot ontploffing, waarbij 39 mensen om het leven kwamen.²¹ Het EHRM komt in deze zaak tot een schending van artikel 2 EVRM.²² Bij dat oordeel neemt het EHRM mee dat voor de verantwoordelijke autoriteiten praktische informatie beschikbaar was waaruit bleek dat de vuilnisbelt gevaren teweegbracht voor de *physical integrity* van omwonenden. Zo werd het gevaar van een explosie omschreven in een rapport dat twee jaar voor de explosie verscheen.²³ Ondanks de kenbare gevaren van de methaanconcentratie in de vuilnisbelt, en het *real and immediate risk* dat dit

15 De website van Stichting Urgenda bevat een overzicht, zie www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/global-climate-litigation.

16 Zie bijvoorbeeld O.W. Pedersen, 'Climate Change and Human Rights: Amicable or Arrested Development', *Journal of Human Rights and the Environment* 2010, afl. 1(3), p. 236-251; M.A. Loth, 'Climate Change Liability After All: A Dutch Landmark Case', *Tilburg Law Review* 2016, afl. 21(3), p. 5-30.

17 T. Eicke, 'Human Rights and Climate Change: What role for the European Court of Human Rights', 2 maart 2021, rm.coe.int/human-rights-and-climate-change-judge-eicke-speech/1680a195d4, par 10.

18 Zie bijvoorbeeld Albers 2013 (*supra* noot 5), p. 287-325.

19 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 71.

20 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 13 en 98.

21 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 18.

22 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 101 en 110.

23 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 13, 98 en 100.

teweegbracht, namen de verantwoordelijke overheidsfunctionarissen nauwelijks maatregelen om de risico's af te wenden of te mitigeren.²⁴

Het Budayeva-arrest draait om nagenoeg jaarlijks terugkerende modderstromen in Tyrnauz, een dorp in het Russische district Elbrus. De lokale overheid zorgde voor een dam om deze stromen tegen te houden. Deze dam werd vervolgens door een modderstroom beschadigd. Ongeveer een jaar na deze beschadiging bereikten opnieuw meerdere modderstromen het dorp. Hierbij kwamen acht personen om het leven, en raakten volgens de klagers negentien personen vermist.²⁵ De klacht in deze zaak was gebaseerd op zowel artikel 2 als artikel 8 EVRM. Het EHRM overweegt dat de positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM bij 'dangerous activities' grotendeels overeenkomen met die uit artikel 8 EVRM. Aangezien de klacht op grond van artikel 8 EVRM dezelfde feiten betrof als die op grond van artikel 2 EVRM, acht het EHRM het onnodig om artikel 8 EVRM te behandelen.²⁶ Het EHRM stelt vast dat een schending van artikel 2 EVRM heeft plaatsgevonden doordat de autoriteiten inadequaat reageerden op de dreigende modderstromen, ondanks dat het voorspelbaar was dat deze zouden plaatsvinden.²⁷ Hoewel het EHRM het *real and immediate risk*-criterium uit het Öneriyildiz-arrest niet met zoveel woorden aanhaalt, volgt dit criterium uit de overwegingen van het Budayeva-arrest.²⁸

Dit geldt ook voor de overwegingen van het Kolyadenko-arrest. In deze zaak staat een overstroming van het Pionerskaya-kanaal in het Russische district Vladivostok centraal. Het kanaal was verbonden met een waterreservoir waarin drinkwater was opgeslagen. Het kanaal verkeerde in slechte staat; het werd geblokkeerd door kleine bomen, puin, huisafval en illegaal gebouwde dammen.²⁹ Een rapport van de beheerder van het waterreservoir waarschuwde voor overstromingsrisico's wanneer het waterreservoir bij hevige regenval zou vollopen en daardoor water in het kanaal zou moeten worden geloosd. Het scenario uit deze waarschuwing werd werkelijkheid. Doordat water uit het reservoir moest worden geloosd, overstroomde het kanaal. Dit leidde ertoe dat nabijgelegen appartementen onder water liepen en levensgevaar voor burgers ontstond.³⁰ Het EHRM oordeelt dat het verantwoordelijke overheidsorgaan onvoldoende actie ondernam voor de 'effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks' en komt, mede op die grond, tot een schending van artikel 2 EVRM. Het feit dat de overstroming niet tot doden leidde, doet niet aan deze schending af.³¹

Het *real and immediate risk*-criterium is goed toepasbaar op klimaatverandering. Dit wordt niet alleen geconstateerd in de rechtswetenschappelijke literatuur, maar ook het Urgenda-arrest

24 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (Öneriyildiz/Turkije), par. 109-110.

25 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (Budayeva e.a./Rusland), par. 17-18 en 33.

26 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (Budayeva e.a./Rusland), par. 133 en 201.

27 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (Budayeva e.a./Rusland), par. 147-160.

28 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (Budayeva e.a./Rusland), par. 130-134. Zie ook K.C. Lauta & J.E. Rytter, 'A Landslide on a Mudslide: Natural Hazards and the Right to Life under the European Convention on Human Rights', *Journal of Human Rights and the Environment* 2016, afl. 7(1), p. 117.

29 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (Kolyadenko e.a./Rusland), par. 19-22 en 51.

30 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (Kolyadenko e.a./Rusland), par. 15-44.

31 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (Kolyadenko e.a./Rusland), par. 132-160.

van de Hoge Raad is hierop gebaseerd.³² De Hoge Raad stelt vast dat het risico dat de opwarming van de aarde teweegbrengt *real* is door de desastreuze gevolgen die klimaatverandering teweeg kan brengen en de inbreuk die dit kan maken op mensenlevens. De Hoge Raad neemt de volgende opsomming van potentiële gevolgen over uit de conclusie van A-G Langemeijer en Wissink:

‘overstromingen door zeespiegelstijging, hittestress door intensievere en langere hitteperiodes, toename van ziekten van de luchtwegen door verslechterde luchtkwaliteit, droogtes (met hevige bosbranden), toenemende verspreiding van infectieziekten, ernstige overstromingen als gevolg van overvloedige regenval alsmede verstoringen van de voedselproductie en de drinkwatervoorziening’.³³

Daarbij is relevant dat uitgebreide en breed gedragen wetenschappelijke rapporten over deze risico's bestaan. De Staat betwistte de conclusies uit deze rapporten dan ook niet.³⁴ Ook aan het *immediate*-criterium wordt, volgens de Hoge Raad, in het geval van klimaatverandering voldaan. Dit criterium vereist immers niet dat het risico zich op korte termijn kan of zal verwezenlijken, maar louter dat het risico individuen rechtstreeks bedreigt.³⁵ Mede op grond van deze overwegingen komt de Hoge Raad in het Urgenda-arrest tot een bevel aan de Staat om de broeikasgasemissies eind 2020 te hebben verlaagd tot ten minste 25 procent ten opzichte van 1990.

2.3 Margin of appreciation

Naast het *real and immediate risk*-criterium is de *margin of appreciation* uit de jurisprudentie van het EHRM van belang om te bezien of het EVRM dwingt tot een positieve verplichting tot het aanwenden van het strafrecht om klimaatverandering te bestrijden. Bij een dergelijke *margin of appreciation* biedt het EHRM de verdragstaten de ruimte om eigen afwegingen te maken voor wat betreft de wijze waarop zij invulling geven aan hun verplichtingen uit het EVRM. Lidstaten hebben bij milieukwesties, mede door hun complexiteit, in beginsel een *margin of appreciation*.³⁶ Dit blijkt onder meer uit een ontvankelijkheidsbeslissing in een zaak die Greenpeace tegen Duitsland aanspande. Deze EHRM-zaak volgde op een procedure voor de Duitse rechter waarin Greenpeace specifieke maatregelen vorderde om *car dust emissions* te beperken. Zij vorderde onder meer een voorwaardelijke intrekking van de verkoopvergunning van bepaalde autofabrikanten. De Duitse rechter ging hier niet in mee, en overwoog daarbij dat de Duitse overheid reeds andere maatregelen nam om *car dust emissions* te verminderen. Volgens het EHRM is Duitsland vrij om zelf keuzes te maken over de invulling van haar beleid op het gebied van *car dust emissions*, en kan zij niet op grond van het EVRM tot specifieke maatregelen worden

32 Albers 2013 (*supra* noot 5), p. 287-325; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 4.6.2.

33 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 2.1(8) en PHR 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887, r.o. 2.1(vii).

34 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 4.1.

35 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.2.2. Zie ook D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 147-148.

36 EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Turkije*), par. 103-105; Eicke 2021 (*supra* noot 17), par 10.

gedwongen: 'The choice of means as to how to deal with environmental issues is a matter falling within the Contracting State's margin of appreciation in environmental matters.'³⁷

Het EVRM leidt dus tot verplichtingen om burgers te beschermen tegen milieugevaren, maar het is veelal aan de lidstaat zelf om te bepalen hoe zij deze bescherming biedt. In het kader van klimaatverandering betekent het voorgaande dat het EVRM naar verwachting niet zal nopen tot specifieke maatregelen om de broeikasgasuitstoot te beteugelen. Hoewel het EVRM dwingt tot het voeren van een beleid dat de emissies van broeikasgassen reduceert, zal zij waarschijnlijk niet verplichten tot bepaalde maatregelen om dat doel te bereiken.³⁸ Deze opvatting lijkt steun te vinden in de Nederlandse rechtspraak. De rechters in de Urgenda-zaak achtten zich in drie instanties bevoegd om een emissiereductiedoel aan de Staat op te leggen.³⁹ Toen Greenpeace Nederland eind 2020 echter specifieke maatregelen voor emissiereductie jegens de Staat vorderde, te weten klimaatvoorwaarden aan de staatssteun aan KLM, oordeelde de Rechtbank Den Haag dat dit binnen de beleidsvrijheid van de overheid valt.⁴⁰ Ook in andere delen van het internationaal recht wordt staten de ruimte geboden om invulling te geven aan beleid waarmee zij hun broeikasgasemissies reduceren.⁴¹

Het recente vonnis van de Rechtbank Den Haag in de zaak tussen Milieudefensie c.s. en Royal Dutch Shell plc (Shell) doet overigens niet aan af aan deze *margin of appreciation*. Deze uitspraak vond plaats op basis van de civiele ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die volgt uit artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. In het vonnis vult de rechter die zorgvuldigheidsnorm in op grond van veertien factoren, waaronder het EVRM. Op basis van die norm komt de rechter tot een bevel aan Shell om haar broeikasgasemissies te reduceren. Uit de uitspraak volgt echter geen verplichting voor de Staat om op grond van het EVRM een dergelijk bevel op te leggen.⁴²

37 EHRM 12 mei 2009, 18215/06 (*Greenpeace e.a./Duitsland*).

38 O.W. Pedersen, 'The Janus-Head of Human Rights and Climate Change: Adaptation and Mitigation', *Nordic Journal of International Law* 2011, afl. 80(4), p. 421.

39 Zie in dit kader Hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*), r.o. 67, waarin het Hof uitdrukkelijk stilstaat bij de beleidsvrijheid van de Staat: 'Overigens onderkent het hof dat maatregelen ter vermindering van de CO₂-uitstoot, zeker in onze geïndustrialiseerde samenleving, ingrijpend zijn en (financiële) offers vragen, maar daar staat tegenover dat veel op het spel staat: het risico op een onomkeerbare aantasting van de wereldwijde ecosystemen en bewoonbaarheid van onze planeet. De Staat betoogt dat juist daarom niet moet worden getornd aan het stelsel van machtscheiding, omdat niet de rechter, maar de democratisch gelegitimeerde overheid de aangewezen instantie is om de hiermee samenhangende beleidskeuzes te maken. Dit standpunt wordt in deze zaak verworpen, reeds omdat er sprake is van schending van mensenrechten door de Staat waardoor maatregelen zijn geboden, terwijl het reductiebevel aan de Staat voldoende ruimte geeft om in te vullen op welke wijze hij uitvoering geeft aan dit bevel.'

40 Rb. Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12440. Hierbij speelde mogelijk ook de crisissituatie rondom het Coronavirus een rol, zie T.R. Bleeker, 'Over klimaatverplichtingen en beleidsvrijheid in coronatijd: Greenpeace tegen Nederland', *MenR* 2012, afl. 2, p. 2-6.

41 Art. 4 Akkoord van Parijs. Zie ook M. Wewerinke-Singh & C. Doebbler, 'The Paris Agreement: some critical reflections of process and substance', *UNSW Law Journal* 2016, afl. 39/4, p. 1502-1503; D. van Vuuren, 'Wat betekent het Parijs Akkoord voor klimaatbeleid in Nederland?', in: C. Backes, E. Brans & H.K. Gilissen (red.), *2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 27-28.

42 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. In het kader van het onderwerp van deze bijdrage is het relevant op te merken dat dit een civielrechtelijk, en dus geen strafrechtelijk, vonnis is. Het vonnis zou overigens indirect wel strafrechtelijke implicaties kunnen hebben, zie S.J. Lopik, 'Heeft het Shell-emissievonnis ook strafrechtelijke gevolgen?', *Bijzonder Strafrecht* 7 juni 2021, www.bijzonderstrafrecht.nl/home/heeft-het-shell-emissievonnis-ook-strafrechtelijke-gevolgen.

2.4 Een motor voor verandering voor de bestrijding van klimaatverandering?

Ik kom terug op het thema van de Rode Draad, 'EVRM – motor voor verandering'. Het EHRM heeft vooralsnog geen arresten over klimaatverandering gewezen, maar in Nederland heeft het EVRM zich in dit kader, met name door de Urgenda-zaak, reeds als motor voor verandering bewezen. Bij de kracht van deze motor moeten twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste kwam de Urgenda-rechtspraak grotendeels tot stand door een interpretatie van het EVRM met gebruikmaking van beloftes en afspraken die Nederland en andere lidstaten zelf hadden gemaakt. Het EVRM is een motor voor verandering, omdat het deze beloftes en afspraken juridisch afdwingbaar maakte. De lidstaten hebben deze motor echter zelf opgestart. Ten tweede is het vooralsnog onzeker of de Staat het Urgenda-arrest heeft nageleefd. Volgens een voorlopige raming van het CBS en het RIVM daalden de broeikasgasemissies in 2020 met 24,5 procent ten opzichte van 1990. De doelstelling uit het Urgenda-arrest van 25 procent ligt echter binnen de onzekerheidsmarge van deze raming. Of de Staat het Urgenda-arrest heeft nageleefd, zal in februari 2022 bij de vaststelling van de 2020-jaarcijfers blijken.⁴³ In de komende jaren zal, met aanhangige Senior Women for Climate Protection- en Portugese Youth-zaken, waarschijnlijk kenbaar worden hoe het EHRM tegen klimaatverandering aankijkt.

3 Positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht

3.1 Inleiding

Een onderwerp waarover het EHRM zich op dit moment al wél uitgebreid heeft uitgelaten, zijn positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht. Het EHRM legt verschillende overwegingen aan deze verplichtingen ten grondslag. In de meeste gevallen wijst het EHRM erop dat de inzet van het strafrecht de kans op toekomstige mensenrechtenschendingen verkleint door 'deterrence'.⁴⁴ Hiermee duidt het EHRM op de generaalpreventieve werking van het strafrecht, die inhoudt dat het strafrecht een algemene afschrikwekkende functie heeft. Het EHRM houdt in enkele uitspraken ook rekening met de speciaalpreventieve werking van het strafrecht, die inhoudt dat het strafrecht in een voorliggende zaak een afschrikwekkende functie heeft jegens de dader in die zaak.⁴⁵ Lidstaten mogen op grond van het EVRM in ieder geval niet de indruk wekken dat zij grove mensenrechtenschendingen onbestraft laten. Dit zou immers tot meer schendingen kunnen leiden.⁴⁶ De positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht vallen uiteen in verschillende deelverplichtingen.⁴⁷ In de volgende paragrafen bespreek ik de plichten tot strafbaarstelling, strafrechtelijk onderzoek en bestraffing. Gezien het onderwerp van deze bijdrage, sta ik ook stil bij plichten tot het aanwenden van het strafrecht na milieu-

43 Centraal Bureau voor de Statistiek (12 maart 2021), 'Uitstoot broeikasgassen 8 procent lager in 2020', www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/10/uitstoot-broeikasgassen-8-procent-lager-in-2020.

44 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 89, 96 en 117.

45 A. Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 118-119.

46 EHRM 31 mei 2005, 27305/95 (*Koku/Turkije*), par. 126; Pitcher 2020 (*supra* noot 8), p. 281.

47 Voor een overzicht, zie Van Kempen 2008 (*supra* noot 6), p. 25-56.

of natuurrampen. Tot slot bespreek ik in welke gevallen volgens het EHRM ook andere middelen dan het strafrecht kunnen volstaan om op een mensenrechtenschending te reageren.

3.2 Positieve verplichtingen tot strafbaarstelling

Het EHRM heeft zich uitgebreid uitgelaten over strafbaarstellingen. Aanvankelijk kwam het EHRM in dit kader tot negatieve verplichtingen, zoals een verbod op strafbaarstellingen van seksueel handelen tussen daarmee instemmende volwassenen van hetzelfde geslacht.⁴⁸ Het EHRM komt tegenwoordig ook steeds vaker tot positieve verplichtingen om bepaald gedrag strafbaar te stellen om mensenrechten te beschermen. De verplichting tot het criminaliseren van gedragingen komt voort uit allerlei EVRM-bepalingen en geldt bijvoorbeeld voor levensdelicten,⁴⁹ slavernij⁵⁰ en seksueel misbruik.⁵¹

Het klassieke arrest met betrekking tot verplichtingen tot strafbaarstelling is *X en Y tegen Nederland*. Deze zaak draaide om seksueel misbruik van een geestelijk gehandicapt meisje. Haar vader deed aangifte van het misbruik, omdat zij vanwege haar handicap naar Nederlands recht zelf geen aangifte kon doen. De verantwoordelijke officier van justitie sepondeerde de zaak, waarna de vader een procedure op grond van artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) startte. De rechter in de artikel 12 Sv-zaak overwoog dat geen strafvervolging kon plaatsvinden, omdat daarvoor een aangifte van het slachtoffer nodig was. Het feit dat het slachtoffer juridisch niet in staat was om aangifte te doen, deed hier volgens de rechter niet aan af.⁵² Door deze juridische impasse vond geen strafvervolging plaats. Nederland verdedigde zich hier in Straatsburg tegen door te stellen dat het slachtoffer wel een civiele procedure kon instellen.⁵³ Het EHRM oordeelde dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM, omdat de strafbaarstelling inadequaat was, en overwoog daarbij het volgende:

'The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated.'⁵⁴

Uit de laatste bijzin van deze overweging volgt dat het EVRM doorgaans alleen noopt tot het strafbaar stellen van gedragingen die gewoonlijk strafbaar zijn gesteld. Het is daarom onwaarschijnlijk dat het EHRM zal verplichten tot nieuwe strafbaarstellingen of strafbaarstellingen die in slechts enkele lidstaten bestaan. Deze overweging is niet verrassend, gezien de belangrijke rol van consensus in de rechtspraak van het EHRM.⁵⁵ Volledige consensus tussen lidstaten

48 Voor een overzicht, zie A. Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford: Bloomsbury Publishing 2015, p. 197.

49 EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*), par. 115.

50 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siladin/Frankrijk*), par. 112.

51 EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), par. 27; EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), par. 153.

52 EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), par. 8-12.

53 EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), par. 25.

54 EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), par. 27.

55 Zie bijvoorbeeld R.A. Lawson, 'Het EVRM als motor voor verandering', *NTM/NJCM-Bull* 2021, afl. 46(1), p. 17-20.

is daarbij geen vereiste; ook een 'virtual consensus',⁵⁶ 'great majority',⁵⁷ of 'emerging consensus',⁵⁸ maar ook een evidente minderheid, kan onder bepaalde omstandigheden voor het EHRM meewegen of volstaan om tot een oordeel te komen.⁵⁹ Gevallen waarin het EHRM de meeste waarde aan consensus toekent, zijn zaken waarin nieuwe onderwerpen spelen, waarin weinig gerelateerde jurisprudentie bestaat of waarin het zijn vorige jurisprudentie tegenspreekt. Indien over een bepaald onderwerp geen consensus bestaat, biedt het EHRM zijn lidstaten veelal een *margin of appreciation*.⁶⁰ Als een *core right* op het spel staat, hecht het EHRM minder waarde aan consensus.⁶¹ Het gaat dan om gevallen die draaien om een 'particularly important aspect of the applicant's existence and identity'.⁶²

Ook de dynamische interpretatie van het EHRM volgt uit de laatste bijzin van de bovenstaande overweging. De consensus tussen lidstaten over welk gedrag strafbaar moet worden gesteld, is immers aan verandering onderhevig. De dynamische aard van de positieve verplichtingen tot strafbaarstelling blijkt meer expliciet uit andere EHRM-arresten, waarin rekening wordt gehouden met 'contemporary norms and trends'⁶³ of 'contemporary standards and trends'.⁶⁴ Uit dergelijke overwegingen volgt duidelijk dat het EVRM een *living instrument* is en dat bij de interpretatie daarvan rekening moet worden gehouden met 'present day conditions'.⁶⁵ Ashworth stelt over de dynamische interpretatie bij positieve verplichtingen tot strafbaarstelling: '[S]tates are expected to respond to any evolving convergence of standard practice'.⁶⁶

3.3 Positieve verplichtingen tot strafrechtelijk onderzoek en tot bestraffing

Naast verplichtingen tot het criminaliseren van gedragingen, leidt het EVRM ook tot verplichtingen tot strafrechtelijk onderzoek. Het doel van deze onderzoekplicht is 'to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility'.⁶⁷ Het onderzoek moet adequaat zijn, wat onder meer inhoudt dat het diepgaand en onafhankelijk moet zijn. Daarnaast moet het onderzoek voortvarend worden opgestart en uitgevoerd

56 EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), par. 102.

57 EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), par. 41.

58 EHRM 22 maart 2012, 30078/06 (*Konstantin Markin/Rusland*), par. 126; EHRM 24 januari 2017, 6036708 961/11 (*Khamtokhu & Aksenchik/Rusland*), par. 36.

59 A. Wiśniewski, *The European Court of Human Rights: Between Judicial Activism and Passivism*, Gdańsk: Gdańsk University Press 2016, p. 160-161; T. Kleinlein, 'The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution', *ICLQ* 2019, afl. 68, p. 108; C. Djefal, *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 315-316.

60 Wiśniewski 2016 (*supra* noot 59), p. 162; Kleinlein 2019 (*supra* noot 59), p. 105.

61 Kleinlein 2019 (*supra* noot 59), p. 106.

62 EHRM 27 augustus 2015, 46470/11 (*Parrillo/Italië*), par. 174.

63 EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadian/Frankrijk*), par. 112.

64 EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), par. 166.

65 EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrrer/Verenigd Koninkrijk*), par. 31.

66 Ashworth 2015 (*supra* noot 48), p. 202.

67 EHRM 4 mei 2011, 28883/95 (*McKerr/Verenigd Koninkrijk*), par. 111. Zie ook EHRM 27 juli 2006, 69481/01 (*Bazorkina/Rusland*), par. 117.

en toegankelijk zijn voor het slachtoffer of diens familie.⁶⁸ Evenals bij de verplichting tot strafbaarstelling, is het voor de verplichting tot strafrechtelijk onderzoek relevant of de gedraging in kwestie gewoonlijk een strafrechtelijk gevolg krijgt.⁶⁹ Het EHRM zal eerder geneigd zijn om een verplichting tot strafrechtelijk onderzoek te formuleren als de gedraging in kwestie binnen de lidstaten van de Raad van Europa doorgaans tot strafrechtelijk onderzoek leidt. Ook dit is in lijn met het hiervoor besproken consensusbeginsel van het EHRM en diens dynamische interpretatie van het EVRM.

Uit het EVRM volgt onder bepaalde omstandigheden ook een verplichting tot bestraffing. De EHRM-jurisprudentie is op dit gebied aan verandering onderhevig geweest. Het EHRM benadrukte in eerdere uitspraken dat het EVRM nooit tot bestraffing zal verplichten.⁷⁰ Inmiddels oordeelt het EHRM wel degelijk dat het EVRM in bepaalde gevallen noopt tot bestraffing,⁷¹ en kijkt het zelfs steeds vaker naar de opgelegde straf om te bepalen of een lidstaat aan zijn positieve verplichtingen heeft voldaan.⁷² Het EHRM kan in dergelijke gevallen uiteraard niet eigenhandig een strafrechtelijke veroordeling uitspreken, maar louter een lidstaat aanspreken indien geen of geen adequate bestraffing heeft plaatsgevonden.

Het bekendste voorbeeld van een EHRM-uitspraak over positieve verplichtingen tot bestraffing is het Öneriyildiz-arrest, de voornoemde zaak over de vuilnisbelt in Ümraniye. In die zaak werden twee Turkse burgemeesters strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden voor de methaan-explosie. Zij kregen de minimale straf die op de overtreding stond, te weten een voorwaardelijke boete van omgerekend ongeveer 10 euro. Het EHRM velt in dit arrest geen oordeel over de hoogte van de straf, omdat het dit een zaak voor de nationale rechter acht. Waar het EHRM wel over oordeelt, is dat het veroordelend vonnis niet rept over de verantwoordelijkheid van de burgemeesters voor de doden bij de explosie. De burgemeesters werden immers slechts veroordeeld voor nalatigheid bij de uitvoering van hun taken, en niet voor een levensdelict.⁷³ Het EHRM oordeelt dat dit niet voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit artikel 2 EVRM:

[I]t cannot be said that the manner in which the Turkish criminal justice system operated in response to the tragedy secured the full accountability of State officials or authorities for their role in it and the effective implementation of provisions of domestic law guaranteeing respect for the right to life, in particular the deterrent function of the criminal law.⁷⁴

68 EHRM 14 april 2015, 24014/05 (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç/Turkije*); Seibert-Fohr 2009 (*supra* noot 45), p. 132-140; P. Lemmens & M. Courtoy, 'Positive Obligations and Coercion: Deterrence as a Key Factor in the European Court of Human Rights' Case Law', in: L. Lavrysen & N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 63; V. Stoyanova, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 360-365.

69 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 93.

70 Zie bijvoorbeeld EHRM 10 april 2001, 26129/95 (*Tanli/ Turkije*), par. 111.

71 Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 95. Voor een achtergrond van deze ontwikkeling, zie L. Lavrysen, 'Positive Obligations and the Criminal Law: A Bird's-Eye View on the Case Law of the European Court of Human Rights', in: L. Lavrysen & N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 46-50.

72 Pitcher 2020 (*supra* noot 8), p. 276-277.

73 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 116.

74 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 117.

3.4 Positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht bij natuur- en milieurampen

Positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht worden vaak geassocieerd met verplichtingen tot strafvervolgung als reactie op de *use of force* door overheidsfunctionarissen waardoor mensenrechten worden geschonden. Ook in gevallen van schuld bij natuur- en milieurampen kan het EVRM echter dwingen tot de inzet van het strafrecht. In de vorige paragraaf besprak ik al het eerste voorbeeld in dit kader, het Öneriyildiz-arrest. Ook de reeds besproken Budayeva- en Kolyadenko-arresten leiden niet alleen tot een schending van de materiële verplichting om burgers te beschermen tegen kenbare natuur- en milieugevaren, maar ook van de procedurele verplichting om het strafrecht aan te wenden na een grove mensenrechtenschending.

Na de fatale modderstromen in Tyrnauz, die centraal staan in het Budayeva-arrest, opende het Russische openbaar ministerie een strafrechtelijk onderzoek. De aanklagers seponcerden de zaak echter al binnen een week. De rol van de verantwoordelijke autoriteiten werd niet onderzocht, ondanks het feit dat er signalen waren van nalatigheid bij het onderhoud van de bouwwerken die de modderstromen moesten tegenhouden. Na de ramp werden ook meerdere civiele procedures gestart. In die procedures lag de bewijslast bij de klagers, terwijl zij de relevante informatie onmogelijk konden bemachtigen. Bovendien was de civiele rechter terughoudend met het uitvoeren van onderzoek, zoals het horen van getuigen en deskundigen, ondanks dat de klagers hierom vroegen. De vraag naar *state responsibility* is na de ramp dan ook nauwelijks onderzocht. Het EHRM komt in deze zaak, mede om die reden, tot een schending van de procedurele verplichtingen die voortvloeien uit artikel 2 EVRM.⁷⁵

Ook in het Kolyadenko-arrest, over de overstroming door gebrekkig onderhoud van het Pionerskaya-kanaal, kwam het EHRM tot zo'n schending. Uit onderzoeksrapporten bleek dat de lokale autoriteiten onvoldoende onderhoud hadden gepleegd. Hoewel dit bewijs voorhanden was, deden de Russische aanklagers louter onderzoek naar machtsmisbruik door autoriteiten bij de verdeling van land rondom het kanaal. De Russische *investigating authorities* beslisten dat er onvoldoende bewijs voor strafbare feiten was, ondanks beschikbaar bewijs voor een groot aantal tekortkomingen in het handelen van overheidsorganen of -functionarissen. Het EHRM acht dit niet overtuigend en oordeelt dat te beperkt strafrechtelijk gevolg is gegeven aan de overstroming.⁷⁶

3.5 Andere middelen om op mensenrechtenschendingen te reageren

Het EHRM ziet het strafrecht als een instrument binnen een breed juridisch instrumentarium waarmee verdragstaten kunnen reageren op mensenrechtenschendingen. In beginsel wordt lidstaten een *margin of appreciation* geboden om te beslissen welk middel zij aanwenden.⁷⁷ Onder

⁷⁵ EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), par. 162-165.

⁷⁶ EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), par. 198-200.

⁷⁷ EHRM 4 oktober 2016, 69546/12 (*Cevrioglu/Turkije*), par. 55; EHRM 3 november 2011, 57813/00 (*S.H. e.a./Oostenrijk*), par. 106. Zie ook V. Stoyanova, 'The Disjunctive Structure of Positive Rights under the European Convention on Human Rights', *Nordic Journal of International Law* 2018, afl. 87, p. 344-392.

bepaalde omstandigheden kan ook de inzet van bijvoorbeeld het privaatrecht, bestuursrecht of tuchtrecht volstaan.⁷⁸ Het EHRM oordeelt afhankelijk van de omstandigheden van het geval of de feiten die voorliggen noopten tot de inzet van het strafrecht: ‘There are different avenues to ensure Convention rights, and even if the State has failed to apply one particular measure provided by domestic law, it may still fulfil its positive duty by other means.’⁷⁹

Bij de vraag of een ander middel dan het strafrecht mag worden aangewend, speelt de mate van schuld een belangrijke rol. Het EHRM verplicht tot het aanwenden van het strafrecht in het geval het individu de waarschijnlijke gevolgen van zijn handelen realiseerde, maar toch onvoldoende maatregelen nam om een mensenrechtenschending te voorkomen. Een mensenrechtenschending die tot stand kwam door een simpele beoordelingsfout leidt niet zonder meer tot de verplichting om het strafrecht aan te wenden.⁸⁰ In de Nederlandse rechtswetenschap wordt uit de rechtspraak van het EHRM opgemaakt dat de verplichting tot het aanwenden van het strafrecht alleen opgaat als sprake is van ten minste bewuste schuld.⁸¹

Hoewel ook andere rechtsgebieden soelaas kunnen bieden na mensenrechtenschendingen, is duidelijk dat in bepaalde gevallen alleen het strafrecht volstaat. Lidstaten zijn verplicht om het strafrecht aan te wenden bij ‘serious abuses’⁸² of ‘the most serious human rights offences’.⁸³ Van Sliedregt merkt de specifieke verplichting tot aanwenden van het strafrecht nadrukkelijk op voor gevaarlijke activiteiten en natuurrampen. Zij stelt, op grond van uitspraken van het EHRM, dat in dergelijke gevallen een strafrechtelijk onderzoek moet worden verricht indien de verantwoordelijke autoriteiten zich ernstig nalatig hebben opgesteld waardoor een levensbedreigende situatie is ontstaan.⁸⁴

3.6 Een motor voor verandering door positieve strafverplichtingen?

Op de bovengenoemde positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht valt een en ander aan te merken. Zo ontbreekt in de overwegingen van het EHRM een grondige beredening over waarom nu juist het *ultimum remedium* van het strafrecht moet worden ingezet, en andere rechtsgebieden niet kunnen volstaan. Daarnaast ligt bij positieve strafverplichtingen het gevaar op de loer dat een te sterke nadruk op strafvervolging komt te liggen, wat zou kunnen leiden tot een te beperkte aandacht voor de rechten van de verdachte. Bovendien velt het EHRM veelal een oordeel over de strafrechtelijke respons van een lidstaat zonder van het betreffende

78 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), par. 139.

79 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), par. 160. Zie ook EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), par. 68.

80 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), par. 93; EHRM 15 januari 2009, 46598/06 (*Branko Tomašić e.a./Kroatië*), par. 64.

81 Zie bijvoorbeeld R. Rijnhout, E. Sikkema & W.S. de Zanger, ‘Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen; de zaak Stichtse Vecht’, *THEMIS* 2014/1, p. 18; M.J. Hornman, ‘De immuniteit van de feitelijk leidinggever na NJ 2018/134 (Stichtse Vecht)’, *TBS&H* 2019, afl. 1, p. 9.

82 Seibert-Fohr 2009 (*supra* noot 45), p. 146.

83 Pitcher 2020 (*supra* noot 8), p. 274. Zie ook EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), par. 150; EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), par. 140; EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), par. 27.

84 E. van Sliedregt, ‘Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?’, in: *Immuniteiten* (Preadviezen Nederlandse Juristen Vereniging 2013-I), Deventer: Kluwer 2013, p. 171.

straf dossier kennis te nemen. Gezien deze redenen wekt het geen verbazing dat de positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht veelvuldig zijn bekritiseerd.⁸⁵ Evenwel laten de bovenstaande paragrafen zien dat het EVRM sterk leunt op consensus om tot dergelijke verplichtingen te komen. Het EHRM komt pas tot een positieve strafverplichting als een aanzienlijk gedeelte van diens lidstaten reeds aan die verplichting voldoet. Het EVRM is op dit gebied dan misschien een motor voor verandering, maar louter voor enkele lidstaten die achterlopen op het terrein van strafrechtelijke handhaving van strafbare feiten die tevens kwalificeren als grove mensenrechtenschendingen. Het EVRM als motor van een bezemwagen om de laatste achtergebleven lidstaten mee te nemen.

4 Positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering

4.1 Inleiding

In de vorige paragrafen besprak ik plichten om een bepaald klimaatbeleid te voeren en om het strafrecht aan te wenden. In de volgende paragrafen zal ik deze onderwerpen combineren, door te onderzoeken of het EVRM kan verplichten tot het aanwenden van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering. Hieraan voorafgaand moet worden opgemerkt dat er geen internationale verdragen bestaan die expliciet tot de inzet van het strafrecht op klimaatgebied verplichten.⁸⁶ Gezien de trends die ik omschreef in de inleiding van deze bijdrage, is het echter denkbaar dat het EHRM zich op enig moment zal moeten uitlaten over positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering. Seibert-Fohr voorspelde al in 2009 dat het EHRM zich, door diens steeds verdergaande positieve verplichtingen tot de inzet van het strafrecht, in de toekomst zou moeten uitlaten over de rol van het strafrecht op verschillende maatschappelijke terreinen.⁸⁷

Aangezien nog geen jurisprudentie en literatuur bestaan over positieve verplichtingen om het strafrecht aan te wenden op het gebied van klimaatverandering, zal ik op grond van de hiervoor besproken bestaande EHRM-jurisprudentie, en de literatuur daarover, beoordelen of hiervan sprake kan zijn. Ik geef eerst enkele algemene overwegingen (paragraaf 4.2). Vervolgens bespreek ik twee specifieke manieren waarop het strafrecht zou kunnen worden ingezet, te weten een strafbaarstelling van ecocide en de strafrechtelijke handhaving van klimaatwetgeving (paragraaf 4.3). Ik zal zowel in zijn algemeenheid als voor deze specifieke manieren concluderen dat het EVRM op dit moment waarschijnlijk niet noopt tot de inzet van het strafrecht. Door de dynamische interpretatie van het EVRM, en het feit dat (juridische) ontwikkelingen met betrekking tot klimaatverandering zich snel opvolgen, is het echter mogelijk dat het EHRM daar in de toekomst wel toe zal dwingen (paragraaf 4.4).

85 Zie bijvoorbeeld Van Kempen 2008 (*supra* noot 6), p. 9, 54-56 en 73; L. Lazarus, 'Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?', in: L. Zedner & J.V. Roberts, *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 145-149 en 155.

86 Voor een overzicht van dergelijke internationaalrechtelijke verplichtingen op andere terreinen, zie Seibert-Fohr 2009 (*supra* noot 45), p. 153-187.

87 Seibert-Fohr 2009 (*supra* noot 45), p. 146-147.

4.2 Algemene overwegingen

De dreigende gevolgen van klimaatverandering zouden de inzet van het strafrecht kunnen rechtvaardigen. Het EVRM noopt immers tot de inzet van het strafrecht in geval van *the most serious human rights offences* of *serious abuses*. Het gaat daarbij om gevallen waarin fundamentele waarden of essentiële aspecten van de menselijke waardigheid op het spel staan.⁸⁸ Op grond van de dreigende desastreuze gevolgen van klimaatverandering, is goed bepleitbaar dat handelingen op het gebied van klimaatverandering als zo'n geval kwalificeren. De World Health Organization becijfert dat klimaatverandering tussen 2030 en 2050 voor 250.000 doden per jaar zal zorgen.⁸⁹ De Hoge Raad overweegt in het Urgenda-arrest dat alleen al in West-Europa een ontoereikend klimaatbeleid kan leiden tot honderdduizenden slachtoffers in de tweede helft van deze eeuw.⁹⁰ Bij deze aantallen vallen de gevolgen van de rampen naar aanleiding waarvan het EVRM dwong tot de inzet van het strafrecht, hoe vreselijk deze ook waren, in het niet. Louter gebaseerd op de voorspelde gevolgen van klimaatverandering, is daarom verdedigbaar dat ook op klimaatgebied het strafrecht moet worden aangewend.

Een vergelijking tussen het klimaatprobleem enerzijds en de arresten waarin het EHRM komt tot positieve verplichtingen om het strafrecht aan te wenden na een milieu- of natuurramp anderzijds, levert bovendien enkele overeenkomsten op. Ten eerste is bij zowel het klimaatprobleem als de milieu- of natuurrampen in deze arresten sprake van kenbare risico's op mensenrechtenschendingen. In de Öneriyildiz-, Budayeva- en Kolyadenko-arresten was het verantwoordelijke overheidsorgaan meermaals gewaarschuwd voor ophanden zijnde gevaren.⁹¹ Ook in het geval van klimaatverandering is sprake van waarschuwingen. Dit betreft internationale en wetenschappelijk breed gedragen bevindingen, zoals de rapporten van het Intergovernmental Panel on Climate Change. Evenals in de voornoemde EHRM-arresten, biedt deze informatie een helder inzicht in de risico's die het beleid, of het uitblijven daarvan, met zich brengt. Ten tweede is bij zowel het klimaatprobleem als de (dreigende) milieu- of natuurrampen in deze arresten in enige mate duidelijk welke stappen moeten worden gezet om deze gevaren te beheersen. In de feitenrelazen van deze arresten was bekend welke maatregelen het overheidsorgaan of de overheidsfunctionaris moest nemen om de geïdentificeerde risico's af te wenden.⁹² Ook voor klimaatverandering geldt dat maatregelen kunnen worden genomen om risico's te vermijden, te weten een beleid dat de hoeveelheid broeikasgassen in de atmosfeer beperkt. Er bestaan dus overeenkomsten tussen de feiten van klimaatverandering en de milieu- of natuurrampen van deze arresten van het EHRM. In beide gevallen is immers sprake van kenbare

88 Lemmens & Courtoy 2020 (*supra* noot 68), p. 67.

89 World Health Organization (1 februari 2018), *Climate Change and Health*, www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health.

90 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 2.1(8).

91 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 13-15 en 98-101; EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), par. 19-24 en 148-149; EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko e.a./ Rusland*), par. 17-22, 70-80 en 168-179.

92 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), par. 107; EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), par. 20; EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko e.a./ Rusland*), par. 18.

gevaaren voor mensenlevens en is bekend welke oplossingen voor deze gevaren bestaan. De verschillen tussen klimaatverandering en deze arresten bespreek ik verderop in deze paragraaf.

Ondanks deze punten die pleiten voor positieve verplichtingen om het strafrecht aan te wenden op het gebied van klimaatverandering, noopt het EVRM daar op dit moment waarschijnlijk niet toe. De belangrijkste reden hiervoor is dat het momenteel niet gebruikelijk is om het strafrecht te gebruiken om de opwarming van de aarde te bestrijden. Eén van de belangrijkste criteria voor het EHRM is immers of er consensus bestaat om voor de gedraging in kwestie het strafrecht aan te wenden. Dit geldt zowel voor de verplichting tot strafbaarstelling als de verplichtingen tot strafrechtelijk onderzoek en bestraffing. Op het gebied van klimaatmitigatiebeleid bestaat deze consensus niet. Integendeel, in de literatuur wordt gesignaleerd dat, hoewel het aantal klimaatrechtszaken sterk toeneemt, deze zaken zelden strafrechtelijk zijn.⁹³ Hierbij moet worden opgemerkt dat hetgeen waarover consensus bestaat, aan verandering onderhevig is. De dynamische interpretatie van het EHRM kan ervoor zorgen dat het EVRM in de toekomst wel zal dwingen tot de inzet van het strafrecht op dit gebied. Ik licht dit verder toe in paragraaf 4.4.

Ook de *margin of appreciation* lijkt in de weg te staan aan positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht op klimaatgebied. Het EHRM zou met dergelijke positieve verplichtingen aan lidstaten voorschrijven hoe zij hun emissiedoelen moeten halen. Het EHRM zou dan immers een specifieke maatregel voorschrijven die bedoeld is om de uitstoot van broeikasgassen te beperken. Dit zou ingaan tegen de *margin of appreciation* die lidstaten hebben om invulling te geven aan hun milieubeleid, die onder meer volgt uit de voornoemde zaak die werd aangespannen door Greenpeace Duitsland. Deze *margin of appreciation* zal waarschijnlijk niet alleen gelden voor milieuzaken in het algemeen, maar ook voor klimaatzaken in het bijzonder. Het is op dit moment immers *common ground* dat landen zelf beleid mogen bepalen om hun emissiedoelen te halen. Dit blijkt onder meer uit de zaak tussen Greenpeace Nederland en de Staat over de staatssteun aan KLM. Ook het internationaal recht biedt staten de vrijheid om specifieke maatregelen te kiezen om de uitstoot van broeikasgassen te beperken. Daarnaast biedt het EVRM lidstaten een ruime *margin of appreciation* als het aankomt op positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht.⁹⁴ Gezien de beleidsvrijheid van lidstaten op het gebied van milieu, klimaat en strafrecht, is het dan ook onwaarschijnlijk dat het EHRM zal dwingen tot de inzet van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering. Tot slot moet hier nog worden opgemerkt dat mensenrechtshoven überhaupt terughoudend zijn met het voorschrijven van specifieke maatregelen om een bepaald probleem op te lossen.⁹⁵

Naast de hiervoor besproken gelijkenissen bestaan er ook significante verschillen tussen het klimaatprobleem en de voornoemde milieu- of natuurrampen naar aanleiding waarvan het EVRM dwong tot de inzet van het strafrecht. Deze komen met name voort uit het feit dat de verantwoordelijke individuen en organen in die arresten de mensenrechtenschending eigenhandig hadden kunnen voorkomen. Deze verantwoordelijken beschikten immers over praktische handvatten om de risico's in kwestie te mitigeren. Op het gebied van klimaatverandering kan geen enkel rechtssubject zelfstandig bewerkstelligen dat de gevolgen worden afgewend. Dit bemoeilijkt het formuleren van een voldoende individualiseerbaar schuldverwijt op basis waarvan

93 R. White, *Climate Change Criminology*, Bristol: Bristol University Press 2020, p. 118.

94 Zie bijvoorbeeld Lemmens & Courtoy 2020 (*supra* noot 68), p. 67.

95 I. Leijten, 'Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2019, afl. 37(2), p. 117. Zie ook EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Turkije*), par. 69.

strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Het EVRM dwingt tot de inzet van het strafrecht jegens degene die verantwoordelijk is;⁹⁶ bij mensenrechtenschendingen door klimaatverandering is het moeilijker om verantwoordelijken te vinden dan bij de feiten van de voornoemde arresten. Bepaalde rechtssubjecten kunnen maatregelen nemen om klimaatverandering te bestrijden, maar de ‘effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks’ kunnen zij niet zelf effectueren.⁹⁷

Tot slot zijn er andere juridische middelen voorhanden om op klimaatverandering te reageren. Het EHRM beoordeelt of specifiek het strafrecht moet worden ingezet, of dat ook een ander middel kan volstaan om op een mensenrechtenschending te reageren. Zowel voor procedures tegen publieke als private partijen geldt dat andere juridische middelen beschikbaar zijn om hen te dwingen tot een bepaald klimaatbeleid. Het Urgenda-arrest heeft laten zien dat tegen publieke partijen een privaatrechtelijke procedure soelaas kan bieden. Mocht de Staat een dergelijk bevel niet naleven, dan staat de mogelijkheid open om op grond van artikel 611a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nakoming te vorderen op straffe van een dwangsom.⁹⁸ Ook is het denkbaar dat klimaatbeleid bij de bestuursrechter kan worden aangevochten. Zo zouden belangenorganisaties tegen een groot aantal besluiten beroep kunnen instellen om emissiedoelstellingen af te dwingen.⁹⁹ Het Europees en internationaal recht kennen ook mechanismen om overheden te dwingen tot een adequaat klimaatbeleid.¹⁰⁰ Ook tegen private partijen is het goed denkbaar dat andere rechtsmiddelen kunnen worden ingezet. Nederland zal in bepaalde gevallen succesvol in Straatsburg kunnen betogen dat handhaving door middel van het bestuursrecht meer *effective* is. Door de gespecialiseerde aard van klimaatwetgeving is het immers voorstelbaar dat in veel gevallen gespecialiseerde bestuursorganen, zoals de Nederlandse Emissieautoriteit, beter kunnen onderzoeken en handhaven dan het Openbaar Ministerie.¹⁰¹ Het recente civiele vonnis in de zaak tussen Milieudefensie c.s. en Shell, dat ik in paragraaf 2.3 aanhaalde, zou mogelijk kunnen aantonen dat ook het privaatrecht op klimaatgebied een antwoord kan bieden.¹⁰² Het is derhalve onduidelijk of het strafrecht wel de meest *practical and effective* manier is om te reageren op klimaatverandering. Zeker nu het strafrecht zich vooralsnog niet als effectief middel in de strijd tegen de opwarming van de aarde heeft bewezen of heeft kunnen bewijzen, is het onwaarschijnlijk dat het EHRM zal dwingen tot de inzet van het strafrecht. Dit komt verder

96 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), par. 140; EHRM 10 april 2001, 26129/95 (*Tanli/Turkije*), par. 111; EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), par. 93.

97 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), par. 158.

98 In november 2020 dreigde Stichting Urgenda hier dan ook mee toen de Staat het Urgenda-arrest niet na dreigde te leven, zie H. van Santen & E. van der Walle, ‘Urgenda eist snel extra klimaatbeleid’, *NRC Handelsblad* 11 november 2020.

99 B. Schueler, ‘Wat betekent het Urgenda-arrest voor de bestuursrechter?’, in: C. Backes, E. Brans & H.K. Gilissen (red.), 2030: *Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 63 en 67-77.

100 M. Peeters, ‘The regulatory approach of the EU in view of liability for climate change damage’, in: M. Faure & M. Peeters (red.), *Climate Change Liability*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011, p. 90-132; Wewerinke-Singh 2019 (*supra* noot 4), p. 53, 67-69.

101 Zie J.H. Crijns, ‘Vervolging en berechting’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht: Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 609-658.

102 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Gezien dit slechts een uitspraak in eerste aanleg betrof en het vonnis zeer recent is, zijn de implicaties van dit vonnis vooralsnog grotendeels onduidelijk.

aan bod in de volgende paragraaf, waarin ik inga op twee specifieke manieren om het strafrecht in te zetten op het gebied van klimaatverandering.

4.3 Enkele specifieke manieren om het strafrecht in te zetten op het gebied van klimaatverandering

Een veelgehoord juridisch antwoord op klimaatverandering is een strafbaarstelling van ecocide. Ecocide wordt uiteenlopend gedefinieerd, maar komt neer op zeer ernstige en grootschalige milieuvervuiling. Oproepen tot een dergelijke strafbaarstelling zien zowel op het internationaal als het nationaal strafrecht.¹⁰³ In het kader van het consensusbeginsel moet worden opgemerkt dat ecocide een strafbaar feit is in enkele van de lidstaten van de Raad van Europa, te weten Armenië, Moldavië, Oekraïne en Georgië.¹⁰⁴ Een strafbaarstelling van ecocide komt dus voor, maar is zeker niet zo gebruikelijk als de strafbaarstellingen waartoe het EHRM eerder verplichtte, zoals levensdelicten, slavernij en seksueel misbruik. Gezien deze beperkte consensus is het niet aannemelijk dat het EHRM zal verplichten tot een strafbaarstelling van ecocide.

Bovendien noopt het EHRM louter tot strafbaarstellingen met de bedoeling om mensenrechten te beschermen. Een strafbaarstelling van ecocide lijkt, op grond van de overwegingen van het EHRM, voor dit doel niet vereist. Dit geldt zowel in het geval ecocide strafbaar wordt gesteld met als doel de bescherming van ecosystemen, als bij een strafbaarstelling ten behoeve van de mens. Voor zover ecocide een strafbaar feit zou zijn dat ecosystemen als beschermd rechtsgoed kent, zal het EVRM niet tot zo een strafbaarstelling dwingen. Het EVRM noopt weliswaar tot verplichtingen om te zorgen voor een goede leefomgeving, maar doet dit alleen om de rechten van mensen te beschermen. Dat het EVRM alleen tot mensenrechten en niet tot rechten voor natuur of andere levende wezens leidt, volgt onder meer uit artikel 34 EVRM. Op grond van dat artikel kunnen alleen slachtoffers van mensenrechtenschendingen een klacht indienen. Een klacht louter ten behoeve van natuur of dier zal derhalve niet slagen.¹⁰⁵ Ook voor zover ecocide een strafbaar feit zou zijn dat het menselijk leven of de menselijke waardigheid als beschermd rechtsgoed kent, lijkt het onwaarschijnlijk dat het EVRM zal verplichten tot zo'n strafbaarstelling. Indien zich een milieu- of natuurramp voordoet waarbij de rechten uit het EVRM worden geraakt, zullen bestaande strafbaarstellingen een afdoende reactie bieden. Volgens het EHRM volstaat een kwalificatie door middel van een levensdelict als een milieu- of natuurramp leidt tot doden of levensgevaar, zo volgt onder meer uit het Öneriyildiz-arrest. Een aanvullende strafbaarstelling voor mensenrechtenschendingen door grootschalige milieuvuiling lijkt dan ook niet vereist.

Ten tweede bespreek ik de strafrechtelijke handhaving van klimaatnormen. Nederland kent allerlei wet- en regelgeving om de uitstoot van broeikasgassen tegen te gaan, waaronder regels met betrekking tot het Europese emissiehandelssysteem, de energie-efficiëntie van gebouwen en de maximumuitstoot van auto's. Overtreding van een gedeelte van deze regels is strafbaar

103 Zie bijvoorbeeld P. Higgins, D. Short & N. South, 'Protecting the planet: A proposal for a law of ecocide', *Crime, Law, and Social Change* 2013, afl. 59(3), p. 251-266; J. Tielbeke, *Een beter milieu begint niet bij jezelf*, Amsterdam: Das Mag Uitgevers 2020, p.143-147; White 2015 (*supra* noot 9), p. 101.

104 Voor een overzicht van staten met een strafbaarstelling van ecocide, zie Higgins, Short & South 2013 (*supra* noot 103), p. 251-266.

105 T. Sparks, 'Protection of Animals Through Human Rights: The Case-Law of the European Court of Human Rights', in: A. Peters (red.), *Studies in Global Animal Law*, Berlin: Springer 2020, p. 153-171.

gesteld in de Wet op de economische delicten.¹⁰⁶ Deze regels richten zich met name op ondernemingen. Het is denkbaar dat de vraag aan het EHRM zal worden voorgelegd of een positieve verplichting bestaat om ondernemingen strafrechtelijk te vervolgen indien zij deze regels overtreden. In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt immers een toename aan klimaatprocedures tegen ondernemingen gesignaleerd.¹⁰⁷

De jurisprudentie van het EHRM biedt aanknopingspunten om te betogen dat een verplichting bestaat om overtredingen van deze klimaatnormen te handhaven. Als een lidstaat besluit om bepaalde milieunormen aan de industrie te stellen, dan moet zij deze bij ernstige milieuovertreding wel handhaven, zo concludeert Pedersen. Hij signaleert een ‘rule of law approach’ in de jurisprudentie van het EHRM: ‘[O]nce an environmental legislative framework is in place, states will have to enforce it – they cannot merely choose to flout such rules and carry on as if nothing happened.’¹⁰⁸ Mocht een lidstaat bepaalde klimaatwetgeving aannemen, dan zouden partijen kunnen proberen om, met een beroep op deze *rule of law approach*, handhaving van die wetgeving af te dwingen. Het is echter niet aannemelijk het EVRM in zo’n geval tot handhaving zou dwingen. Zoals Pedersen opmerkt, zou een klager dan moeten aantonen dat hij slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM is. Een enkele overtreding van de voornoemde klimaatnormen zal echter geen of nauwelijks – laat staan aantoonbaar – effect hebben op klimaatverandering. Hij acht het dan ook terecht onwaarschijnlijk dat een dergelijke enkele overtreding zorgt voor een slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM.¹⁰⁹

In het kader van het consensusbeginsel is het relevant dat de regels met betrekking tot het Europese emissiehandelssysteem, de energie-efficiëntie van gebouwen en de maximumuitstoot van auto’s voortkomen uit het Europees recht.¹¹⁰ De lidstaten van de Europese Unie, en daarmee een aanzienlijk gedeelte van de lidstaten van de Raad van Europa, kennen daarom grotendeels dezelfde regels op deze terreinen. Dit vergemakkelijkt een onderzoek naar de consensus tussen lidstaten voor wat betreft de handhaving van deze normen. Mocht blijken dat het gebruikelijk is om deze normen strafrechtelijk te handhaven, dan kan dit bijdragen aan een pleidooi voor positieve verplichtingen daartoe. Op dit moment is van dergelijke consensus echter geen sprake. Ingeval wel sprake zou zijn van zo een consensus, dan is het overigens nog altijd twijfelachtig of het EHRM tot strafvervolgung zou dwingen. Zoals besproken in de vorige alinea, is dan immers nog altijd het geval dat een klager waarschijnlijk niet kan aantonen dat hij slachtoffer is.

4.4 Afrondende beschouwingen

Uit de bovenstaande paragrafen volgt dat het EVRM op dit moment waarschijnlijk niet dwingt tot de inzet van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering. Dit is met name gelegen

106 Lopik & Stax 2020 (*supra* noot 9), p. 120-124.

107 E. Brans & K. Winterink, ‘Aansprakelijkheid voor particuliere ondernemingen voor schade door klimaatverandering. Wat zijn de trends en welke ontwikkelingen doen zich naar verwachting voor?’, in: C. Backes, E. Brans & H.K. Gilissen (red.), 2030: *Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland* (VMR 2020-1), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 79-86.

108 Pedersen 2011 (*supra* noot 38), p. 412-413.

109 Pedersen 2011 (*supra* noot 38), p. 413.

110 Het betreft respectievelijk Richtlijn 2009/29/EG, Richtlijn 2012/27/EU en Verordening (EG) 715/2007.

in het feit dat er nauwelijks consensus bestaat over het aanwenden van het strafrecht op dit gebied. In dit kader is het belangrijk op te merken dat hetgeen waarover consensus bestaat aan verandering onderhevig is. Het EVRM is een *living instrument* en het EHRM houdt bij zijn interpretatie rekening met *present day conditions*. Als de *contemporary norms, standards and trends* wijzigen, kan dit leiden tot een andere interpretatie van het EVRM. Dat geldt ook voor het onderwerp van deze bijdrage. Het is aannemelijk dat een en ander zal veranderen in de handhaving van gedragingen op het gebied van klimaatverandering. Het klimaatrecht staat nog in de kinderschoenen en het komende decennium zal naar verwachting meer duidelijkheid scheppen over de manier waarop wet- en regelgeving zal bijdragen aan het behalen van emissiedoelstellingen. Verschillende partijen roepen op om daarbij ook het strafrecht te gebruiken. Daarnaast zal de hoeveelheid klimaatnormen die strafrechtelijk kan worden gehandhaafd aanzienlijk toenemen.¹¹¹ Ook neemt de belangstelling voor een strafbaarstelling van ecocide toe, waaronder bij de Nederlandse en Europese wetgever.¹¹²

Of deze en toekomstige ontwikkelingen zo groot zullen zijn dat het EVRM in de toekomst zal nopen tot de inzet van het strafrecht, valt lastig te voorspellen. Daarbij is relevant dat het EHRM zich bij positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht nu niet bepaald van zijn meest activistische kant laat zien. Het EHRM laveert over het algemeen tussen juridisch activisme en passivisme.¹¹³ Bij positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht lijkt het terughoudend, aangezien het pas tot verplichtingen komt als een aanzienlijke mate van consensus tussen lidstaten over het betreffende onderwerp bestaat. Tegelijkertijd is het mogelijk dat het EHRM zich op het gebied van klimaatverandering minder terughoudend zal opstellen. Als een *core right* op het spel staat, hecht het EHRM immers minder waarde aan consensus. Door de dreigende desastreuze gevolgen van klimaatverandering voor mensenrechten, zou het EHRM hier dan ook juist meer activistisch kunnen zijn.

Positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering zijn dus denkbaar als het in bepaalde mate gebruikelijk wordt om het strafrecht in dat kader te gebruiken. Uit deze bijdrage volgt echter ook dat de strafrechtelijke kwalificatie van gedragingen op het gebied van klimaatverandering obstakels kent. Om die reden is het de vraag of strafvervolgning op dit terrein ooit gebruikelijk zal worden. Het is immers goed denkbaar dat lidstaten niet gewoon zijn het strafrecht in te zetten om klimaatverandering te bestrijden, door enkele punten die in de overige bovenstaande alinea's werden genoemd. Zo zal het feit dat bestuursorganen klimaatwetgeving vaak beter kunnen handhaven, eraan bijdragen dat de inzet van het strafrecht niet gauw gebruikelijk wordt. Het consensuscriterium kan dan ook moeilijk los van de andere overwegingen die pleiten tegen het bestaan van dergelijke positieve verplichtingen worden gezien. Toekomstige ontwikkelingen moeten uitwijzen in hoeverre het strafrecht een bruikbaar middel in het juridische antwoord op klimaatverandering kan en zal zijn.

111 Lopik & Stax (*supra* noot 9), p. 124-125.

112 *Kamerstukken II* 2021/21, 35690, nr. 2 en motie voor een resolutie van het Europees Parlement van 11 december 2020, A9-0259/2020, www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0259_EN.html, punt 12.

113 Djeflal 2015 (*supra* noot 59), p. 272-343.

5 Een motor voor verandering?

Ik kom wederom terug op het thema van de Rode Draad, 'EVRM – motor voor verandering'. Deze bijdrage laat zien dat het EVRM op allerlei terreinen een motor voor verandering is. Zo leidde de Urgenda-zaak tot een bevel aan de Staat om broeikasgasemissies te verlagen, volgt uit het X en Y-arrest een verplichting tot een adequate strafbaarstelling van seksueel misbruik en blijkt uit de zaak van Öneriyildiz een plicht tot vervolging na milieurampen. Deze voorbeelden laten de diversiteit en kracht zien van de verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien. Evenwel laat deze bijdrage zien dat de status van het EVRM als motor voor verandering niet moet worden overdreven. De voornoemde verplichtingen kwamen immers voort uit een reeds bestaande brede consensus tussen lidstaten, en de naleving ervan is helaas niet altijd zeker.

Voor wat betreft een strafrechtelijke response op klimaatverandering is het EVRM op dit moment waarschijnlijk geen motor voor verandering. Zo lijkt het EVRM lidstaten de vrijheid te bieden om maatregelen te kiezen voor het bereiken van hun emissiedoelen. Het voorschrijven van een strafrechtelijke aanpak zou daarom indruisen tegen de *margin of appreciation* die lidstaten op dit gebied hebben. Het EVRM noopt daarnaast alleen tot het aanwenden van het strafrecht als andere juridische middelen onvoldoende soelaas bieden. Voor de bestrijding van klimaatverandering bestaan andere middelen die zich reeds als effectief hebben bewezen, terwijl het strafrecht op dit gebied nog nauwelijks is ingezet. Ook bemoeilijkt de collectieve aard van de oorzaken van klimaatverandering het formuleren van een voldoende individualiseerbaar schuldverwijt op basis waarvan strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen. De belangrijkste reden dat het EVRM niet zal dwingen tot de inzet van het strafrecht op het gebied van klimaatverandering, is echter dat het voor lidstaten niet gebruikelijk is om dit te doen. Het EHRM hecht veel waarde aan consensus als het aankomt op positieve verplichtingen tot het aanwenden van het strafrecht. Hoewel de interesse voor de inzet van het strafrecht op klimaatgebied toeneemt, is van consensus tussen lidstaten geen sprake. Integendeel, de grote hoeveelheid wereldwijde klimaatzaken is zelden strafrechtelijk van aard.

Het EVRM is voor de strafrechtelijke aanpak van klimaatverandering dan ook geen startmotor. Het zal immers niet zelf initiëren dat het strafrecht in dit kader moet worden aangewend. Dit is gezien de bevindingen in deze bijdrage zeer verdedigbaar. Het EHRM zoekt immers naar manieren die *practical and effective* zijn om mensenrechtenschendingen tegen te gaan. Hoewel klimaatverandering een nauwelijks te overschatten bedreiging voor mensenrechten vormt, heeft het strafrecht zich (vooralsnog) niet bewezen als effectief middel in de strijd om mensenrechtenschendingen op dat gebied te voorkomen. Met het voorschrijven van een strafrechtelijke aanpak zou het EHRM dan ook diens subsidiaire rol te buiten gaan, en te activistische rechtspraak bedrijven. Het strafrecht zou zich uiteraard nog als geschikt middel in de strijd tegen klimaatverandering kunnen bewijzen. De consensus tussen lidstaten is, zeker op een beweeglijk onderwerp als klimaatwetgeving, aan veel verandering onderhevig. Mocht een aanzienlijk gedeelte van de lidstaten het strafrecht gaan gebruiken om klimaatverandering te bestrijden, dan kan het EVRM hierin meegaan. De dynamische interpretatie van het EVRM leidt er immers toe dat het zich kan aanpassen aan nieuwe inzichten en praktijken. Het EVRM is op dit gebied dan ook een motor die eerst door een aanzienlijk gedeelte van de lidstaten moet worden aangezwengeld. Of beter gezegd: opgeladen.