

Onzekere voorzorg bedreigt rechtszekerheid

In de politieke praktijk wordt het voorzorgbeginsel veelal gereduceerd tot de vuistregel 'bij twijfel niet doen'. Het voorzorgbeginsel is binnen de Europese Unie leidend bij kwesties die raken aan de veiligheid en de gezondheid van mens, dier en milieu. Het beginsel lijdt aan het dubbele misverstand dat onzekerheid te vermijden is en dat common sense de sleutel tot een oplossing biedt. Die onzalige combinatie van onzekerheid en voorzorg leidt tot een onaanvaardbare aantasting van de rechtszekerheid. Het beginsel hoort daarom niet in het recht thuis.

Voorzorgbeleid grijpt steeds meer om zich heen, ook in gevallen waarin het voorzorgbeginsel niet formeel van toepassing is of expliciet wordt ingeroepen. Tegelijkertijd is een groeiend kritisch oeuvre tot stand gekomen. Met deze bijdrage willen wij een deel van de veelomvattende kritiek op voorzorg onder de algemene aandacht van de juridische gemeenschap in Nederland brengen. In het gangbare juridische discours over het voorzorgbeginsel is het tegengeluid namelijk nauwelijks hoorbaar. Dat geldt overigens niet alleen voor ons land. Het Europese discours over voorzorg wordt gedomineerd door juristen die gespecialiseerd zijn in het Europese (of het) milieurecht. Zij zijn vrijwel zonder uitzondering voorstander van het voorzorgbeginsel. Tegenwicht daaraan is geboden.

Roel Pieterman is als rechtssocioloog verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan het Erasmus Centrum voor Recht en Samenleving.

Jaap Hanekamp is directeur onderzoek Stichting Heidelberg Appeal Nederland.

Lucas Bergkamp is advocaat te Brussel en hoogleraar milieuaansprakelijkheidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

In hun *Juridische afbakening van het voorzorgbeginsel* besluiten en Faure en Vos:

'Samenvattend kan heel algemeen gesteld worden dat vanuit juridisch perspectief het voorzorgsbeginsel dicteert dat in de besluitvorming over risico's alle belangen tegen elkaar worden afgewogen en het besluit wordt genomen in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur zoals evenredigheid, zorgvuldigheid, openbaarheid, participatie en deugdelijke motivering ... De rechter heeft daarbij tot taak of de besluitvorming voldoet aan deze beginselen en of de autoriteiten redelijkerwijze tot hun beslissing hadden kunnen komen.' ¹

Deze mening wordt door veel - gematigde - voorstanders van voorzorg gedeeld. Wij laten zien dat deze voorstelling van zaken veel te positief en optimistisch is. In expliciete politieke en juridische 'beginselverklaringen' kan men iets dergelijks inderdaad lezen. Maar wie onder deze oppervlakte kijkt, stuit op veel problematische aspecten. De aard, toepassing en uitwerking van het voorzorgbeginsel geven bij nader inzien een geheel andere indruk. Alle goede bedoelingen ten spijt zijn wij van mening dat het voorzorgbeginsel feitelijk vooral de deur opent voor willekeur.

Wij concentreren ons op het aspect dat algemeen als een cruciaal kenmerk van voorzorg wordt aangemerkt: wetenschappelijke onzekerheid. Wij laten eerst zien dat zulke onzekerheid bij het maken van alledaagse keuzen en bij het nemen van beleidsbeslissingen per definitie aanwezig is én dat onzekerheid veelal op pragmatische wijze geneutraliseerd kan worden. Vervolgens gaan wij in op de wijze waarop 'wetenschappelijke onzekerheid' door voorstanders van voorzorg gebruikt wordt. Wij laten zien dat die invulling zeer problematisch is. In het verlengde hiervan werken wij een viertal theoretische kritiekpunten kort uit. Aansluitend bespreken we een recente analyse van alle jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, waarvan de zorgwekkende titel *arbitrary and capricious* luidt. Wij ronden af met een samenvattend oordeel over - de toepassing van - het voorzorgbeginsel. Onze conclusie is dat er zoveel bezwaren tegen het voorzorgbeginsel in te brengen zijn, dat het in onze rechtsorde niet thuis hoort.

Onzekerheid?

Ouders van kinderen in Oude Pekela stelden enkele jaren geleden dat hun kinderen misbruikt waren in kelders onder de basisschool. Onderzoek naar seksueel misbruik is bijzonder vaak lastig en dat is des te meer zo als het kinderen betreft. Aantonen dat er zich kelders onder een school bevinden, lijkt echter een meer klassiek en oplosbaar bewijsprobleem te zijn. Er werd ter plaatse uitvoerig gezocht naar ingangen; bouwtekeningen werden geraadpleegd en er werden zelfs met seismische technieken 'opnamen' gemaakt van de grond onder de school. Kelders werden echter niet gevonden. Dat aanklagende ouders deze uitkomsten niet aanvaardden en bij hun aanklacht bleven, is psychologisch te begrijpen. Voor het openbaar ministerie was de zaak - uiteindelijk - echter duidelijk: die kelders bestonden niet.

WAT HOUDT HET VOORZORGBEGINSEL IN?

Van het voorzorgbeginsel zijn vele definities in omloop. De meest aangehaalde is die uit de verklaring na de milieuconferentie van de VN te Rio de Janeiro in 1992: 'Where there are threats of

In de Verenigde Staten leven duizenden burgers die beweren slachtoffer te zijn van wat is gaan heten alien abduction. Deze burgers vertellen allemaal eensluidende verhalen over nachtelijke ontvoeringen door buitenaardse wezens die hen onderwierpen aan medische experimenten. Het blijkt dat al deze overtuigde slachtoffers na verloop van tijd overeenkomstige gezondheidsklachten vertonen. Ondanks al deze aanwijzingen - en daarnaast vele minder vergaande getuigenverklaringen - meent de overheid en vrijwel de gehele bevolking dat er geen intelligente buitenaardse wezens op aarde aanwezig zijn. Aan die algemeen aanvaarde waarheid ontleen films als Men in black zelfs hun humoristische kracht.

serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.'

Tot de oudere folklore behoren de verhalen over het Monster van Loch Ness. Ook daarover zijn films gemaakt; niet alleen bioscoopfilms maar ook documentaires van wetenschappelijke expedities. Evenals in de bovenstaande drie gevallen is er namelijk serieus gezocht naar fenomenen die de verhalen over het mythische monster enige daadwerkelijke basis zouden geven. Dat is echter nooit gelukt. Daarmee zijn de verhalen niet de wereld uit, maar een andere status dan 'verhaal' hebben de beweringen daarin niet.

In deze drie gevallen gaat het om de vraag of - liefst definitief, sluitend en voor niemand te ontkennen - bewezen kan worden dat iets niet bestaat. Zulks blijkt niet mogelijk te zijn. Ook al is het in deze vier voorbeelden voor vrijwel iedereen zonneklaar dat de beweerde fenomenen niet bestaan, het is per definitie onmogelijk om met volkomen zekerheid te stellen dat het uitgesloten is dat ze toch ergens op een spoor van waarheid berusten. Deze logische mogelijkheid staat echter - in deze gevallen! - deze praktische beslissing om aan die mogelijkheid geen serieuze aandacht meer te besteden niet in de weg. Hetzelfde is aan de orde in gevallen waar niemand serieus twijfelt aan het daadwerkelijke bestaan van verschijnselen of de waarheid van theorieën. Dat de zwaartekracht bestaat en dat de aarde rond is, wordt door niemand serieus betwist. Wie geld vraagt voor experimenten om het omgekeerde aan te tonen, zal dat niet krijgen.

Kortom: ook al is alles in ons leven en onze wereld uiteindelijk principieel onzeker, toch gedragen we ons merendeels volgens de basisregels die Popper heeft opgesteld voor het beoefenen van de wetenschap. Wetenschappers dienen duidelijke empirische voorspellingen te maken en deze vervolgens tot het uiterste te toetsen. Weerlegbare voorspellingen die we ondanks vele inspanningen niet kunnen weerleggen, mogen we steeds meer gaan beschouwen als betrouwbare kennis. Maar het omgekeerde geldt ook. Voorspellingen waar onderzoek keer op keer geen ondersteuning voor kan vinden, ook als nieuwe analyse technieken en hypothesen aanleiding hebben gegeven voor heroverweging, moeten we na verloop van tijd als gefalsifieerd terzijde leggen.

Onzekerheid!

In hun Juridische afbakening van het voorzorgbeginsel noemen Faure en Vos drie kernelementen. Naast het vereiste van een schadedrempel en de omkering van de bewijslast wijzen zij erop dat: 'Wetenschappelijke onzekerheid het eerste kernelement van het voorzorgbeginsel [is]' (2003: 19). Er bestaat geen verschil van mening over het feit dat voorzorg pas ingeroepen wordt wanneer er sprake is van onzekerheid. Maar zoals de aangehaalde auteurs terecht opmerken: 'Er bestaat geen eenduidige definitie van 'wetenschappelijke onzekerheid'.' Niet alleen is er 'geen eenduidige definitie' maar de verdragsteksten e.d. 'leggen niet uit wat bedoeld wordt' met de termen die naar wetenschappelijke onzekerheid verwijzen, zoals 'lack of conclusive evidence' of 'lack of full scientific certainty' (idem).

Het tweede element - de schadedrempel - verwijst naar de mate waarin er goede gronden zijn om voorzorgmaatregelen te treffen en is onlosmakelijk verbonden met het eerste element. De onzekerheid betreft namelijk steevast de vraag of bepaalde schade wel op zal treden. Daarachter rijzen dan vragen over de omvang van die schade en het tempo waarin die zal ontstaan, alsmede over de oorzaken ervan. Hierover komen we ook weer talrijke uiteenlopende aanduidingen tegen, die aan onduidelijkheid evenmin iets te wensen overlaten: 'non-negligible damage', 'threat of serious or irreversible damage', of 'significant damage or harm' (idem).

Het voorzorgbeginsel is binnen de Europese Unie leidend als het gaat om kwesties die raken aan de veiligheid en de gezondheid van mens, dier en milieu.² Beslissend voor de inzet is de vraag of er sprake is van onzekerheid over een bedreiging van het hoge niveau van bescherming dat de EU burgers willen bieden. Pleitbezorgers van voorzorg benadrukken dat wetenschap in beginsel nooit voldoende inzicht kan bieden in de problemen van de hedendaagse industriële samenleving.³ Zo schrijven Raffensperger en Tickner:

'Scientific uncertainty about harm is the fulcrum of this [precautionary] principle. Modern-day problems that cover vast expanses of time and space are difficult to assess with existing scientific tools.

Accordingly we can never know with certainty whether a particular activity will cause harm.'⁴

De nadruk ligt in dit type analyse op dat wat de wetenschap niet te bieden heeft: 'conclusive evidence' of 'full certainty'. Hoewel de auteurs hier spreken over de schadelijkheid van een activiteit, gaat het in de meeste gevallen over de onzekerheid omtrent onschadelijkheid. Dat een activiteit of product schadelijk is, wordt vaak te snel en zonder deugdelijk bewijs aangenomen. Soms blijft men zelfs van schadelijkheid spreken in situaties waarin

decennia van onderzoek daarvoor geen bewijs hebben kunnen aandragen. Zo spreken Raffensperger en Tickner (1999: 11) nog steeds over de 'untold damage' die door DDT zou zijn aangericht. Helaas is het omgekeerde het geval. De ongefundeerde weerzin tegen DDT heeft ervoor gezorgd dat malaria weer terugkeerde, hetgeen jaarlijks miljoenen zieken en een miljoen doden tot gevolg heeft.⁵

De onvrede over de wetenschap is dus vooral gericht op wat zij *niet* te bieden heeft. Voorstanders van voorzorg beklemtonen dat niet bewezen is dat hoogspanningskabels, GSM zendmasten of mobiele telefoons geen schadelijke gevolgen voor de gezondheid hebben. Evenmin is bewezen dat vaccinaties of toevoeging van groeihormonen en antibiotica aan diervoeders geen ernstige schadelijke bijwerkingen hebben. Ook is niet bewezen dat het winnen van gas onder de Waddenzee of het verbouwen van genetisch gemodificeerde gewassen (GMO's) geen ernstige milieuschade teweegbrengen. Tevens ontbreekt het bewijs dat mensen niet besmet kunnen worden met BSE prionen. Nader onderzoek wordt in alle gevallen noodzakelijk geacht, ongeacht hoeveel tientallen jaren er door honderden wetenschappers al voor miljarden zonder positief resultaat aan onderzoek is verricht.⁶ Onder verwijzing naar de ontbrekende bewijzen van onschadelijkheid worden intussen overal ter wereld voorzorgmaatregelen genomen. Vergaande beperkingen en strenge voorwaarden en veelal zelfs verbodsbepalingen zijn daarbij aan de orde van de dag.

Raffensperger en Tickner menen dat er wel een alternatief is dat ons verder kan helpen dan de beperkte mogelijkheden van de wetenschap. Direct aansluitend op het bovenstaande citaat stellen zij: 'But we can rely on observation and good sense to foresee and forestall damage.' Zij leggen helaas niet uit wat zij met 'observation and good sense' bedoelen. De alledaagse betekenis kunnen zij daarbij niet op het oog hebben, tenzij ze volstrekt onkundig zijn van de oorsprong van de wetenschap. Wie daar kennis van neemt, weet dat het precies deze twee kenmerken zijn die ten grondslag liggen aan de ontwikkeling van de wetenschappelijke methoden.⁷ 'Onbevooroordeeld' waarnemen van de werkelijkheid - zoals Popper dat formuleerde: 'Don't think. Look!' - is nog steeds de hoeksteen van de wetenschap. De good sense die daarbij in acht wordt genomen, is nog steeds die van de kritische analyse.

We moeten dus helaas concluderen dat het beklemtonen van de eerste twee onlosmakelijk met elkaar verbonden kernelementen van het voorzorgbeginsel op twee misverstanden berust. Allereerst het misverstand dat er zoiets als 'good sense' zou bestaan dat een alternatief biedt voor wetenschappelijke kennis. Hierbij wordt vaak gewezen op de universele aanhang van voorzorg die onder de mensheid zou bestaan. Maar in werkelijkheid is het omgekeerde het geval. Het verschil tussen preventie en voorzorg is hier essentieel. Mensen nemen meestal wel preventieve maatregelen tegen daadwerkelijke bedreigingen, maar meestal geen voorzorgmaatregelen tegen onbewezen gevaren. De aard van de maatregelen is bovendien afgestemd op de mate van bedreiging. Niemand gaat iedere dag met een paraplu van huis, omdat 'je in Nederland nu eenmaal nooit zeker weet of het niet zal gaan regenen.' De bovengenoemde vier voorbeelden maken duidelijk wat de overheersende reactie op vermoede dreigingen is. De echte 'common sense' in het alledaagse leven is dat je je geen zorgen maakt over zaken die zich niet duidelijk aandienen. Wie dat wel doet, ziet 'leeuwen en beren' waar ze niet zijn.

Vervolgens is er het misverstand dat bewijs van schadeloosheid geleverd zou kunnen worden. In een eerdere bijdrage over het voorzorgbeginsel in dit blad citeerde Pieterman⁸ uit het concept van de Derde Nota Waddenzee:

'Zolang niet alle onzekerheden en twijfel over mogelijke blijvende aantasting van de Waddenzee, als gevolg van winning van diepe delfstoffen op locaties in het Waddengebied buiten de Waddenzee die leidt tot bodemdaling onder de Waddenzee, in voldoende mate zijn weggenomen, zal het kabinet geen nieuwe vergunningen verlenen voor proefboringen naar en winning van dergelijke diepe delfstoffen. De komende jaren zullen worden benut om inzicht te verkrijgen in de vraag of de resterende onzekerheden over de mogelijkheid tot het voldoen aan sluitende voorwaarden kunnen worden weggenomen'.⁹

Zoals we hierboven al aanhaalden: alle wetenschappelijke kennis is principieel voorlopig. Of het nu schadelijkheid of onschadelijkheid betreft, definitief en sluitend bewijs vragen is het onmogelijke verlangen. Het klassieke voorbeeld daarvan is het onvermogen om aan te tonen dat God (niet) bestaat. Om zulke bewijzen vragen, is het onmogelijke verlangen en tot het onmogelijke is in een behoorlijke rechtsorde niemand gehouden. Toch is het onmogelijke precies wat vaak wél gevraagd wordt. Voorzorgen hebben typisch betrekking op de lange termijn en zij overschrijden daarom in beginsel altijd de houdbaarheidsdatum van wetenschappelijke kennis. Die houdbaarheidsdatum is per definitie 'vandaag'; wat we 'morgen' zullen weten blijft altijd achter een veil of ignorance verborgen.

Ook al heeft uitvoerig en herhaald onderzoek geen goede gronden voor bezorgdheid opgeleverd, dat betekent nog niet dat we onze zorgen terzijde mogen schuiven. Niet uit te sluiten valt immers dat ooit alsnog zal blijken dat ze toch terecht zijn. In dit verband gebruiken voorstanders van voorzorg graag de slagzin *Absence of evidence of harm is not evidence of absence of harm*. En inderdaad, deze zin is waar, maar dat geldt ook voor *proof of absence is not absence of proof* en *proof of presence is not presence of proof*. Niets is immers gelijk aan zijn omgekeerde. Het zijn in retorisch opzicht fraaie uitspraken maar inhoudelijk bezien, zijn zij volstrekt zinledig.

Meer kritiek op het voorzorgbeginsel

Kritiek op het voorzorgbeginsel is vooral in het Europese juridische discours nog steeds uiterst schaars. Vooral wetenschappers uit andere disciplines¹⁰ én Amerikaanse

juristen hebben inmiddels een uitgebreid repertoire aan kritiek geleverd.¹¹ Wij geven enkele van de meest fundamentele theoretische kritiekpunten weer.

Allereerst is het zo dat het voorzorgbeginsel geen richting geeft aan onze beslissingen. Dit kritiekpunt bouwt voort op het kernelement onzekerheid. Aangezien dat een principiële en onvermijdelijk gegeven is, valt het niet te vermijden. Als we voor ons handelen de aansporing tot voorzorg aannemen - first do no harm - dan is al het mogelijk handelen inclusief niet-handelen een onmogelijkheid geworden. Al ons handelen zal namelijk ook onbedoelde én ongewenste schadelijke gevolgen hebben. In *Laws of fear* zegt Sunstein het zo:

'The real problem with the Precautionary Principle in its strongest forms is that it is incoherent; it purports to give guidance, but it fails to do so, because it condemns the very steps that it requires. The regulation that the principle requires always give rise to risks of its own - and hence the principle bans what it simultaneously mandates' (2005: 14).

Sunstein beperkt zich in deze formulering weliswaar tot de 'strongest form' maar zijn kritiek is even geldig in zwakkere versies. Onzekerheden kleven aan al ons doen en laten en als het voor de ene beslissing noodzakelijk wordt geacht deze in zekere mate te beperken, dan zou dat voor andere mogelijke beslissingen in dezelfde situatie ook moeten gelden.

Deze kritiek is van cruciaal belang voor een ander punt: de omkering van de bewijslast. Zodra het voorzorgbeginsel wordt ingeroepen, zegt de politiek in feite: 'Wij zijn voornemens uw wens niet (geheel) in te willigen, maar wij stellen u in de gelegenheid om ons te overtuigen van de gewenste mate van onschadelijkheid van uw voorstel.' In deze situatie heeft de politiek zich feitelijk vrij gemaakt van de plicht om aan te tonen dat het voorgenomen verbod of de voorgenomen beperking zelf in dezelfde gewenste mate onschadelijk is. Het is vanzelfsprekend uiterst onredelijk om - zeker als overheid - van anderen iets te eisen waar je zelf niet toe bereid of in staat bent.¹²

Ongelijke eisen zijn ook van kracht bij de beslissing om het voorzorgbeginsel in te zetten. In alle teksten hierover wordt steeds in alle toonaarden verkondigd dat daartoe eerst in redelijke mate aannemelijk gemaakt moet worden dat daadwerkelijk schade te vrezen valt.¹³ In de praktijk echter blijkt het mogelijk om producten of activiteiten te verbieden ook wanneer alle beschikbare wetenschappelijke kennis geen enkele grond voor de bezorgdheid in kwestie oplevert.¹⁴ En deze problematiek is nog sterker

aanwezig in gevallen waar het om 'tijdelijke' beschermingsmaatregelen gaat. De schadedrempel is dan voor de overheid nog lager. Bovendien merkt de Europese Commissie in dit verband expliciet op dat de tijdelijkheid van dergelijke maatregelen niet aan de kalender of de klok gebonden is. Beslissend is de vraag of de voortgang in de wetenschappelijke kennis de bezorgdheid heeft weggenomen. Aangezien het echter - zoals in het boven aangehaalde voorbeeld van het PKB Waddenzee - altijd mogelijk is om op resterende onzekerheid te wijzen, ontstaat daarmee de mogelijkheid van oneindige tijdelijke maatregelen. Een rechtsbeginsel dat zulke ongerijmde mogelijkheden tevoorschijn brengt, is onredelijk en verdient die eretitel ons inziens niet.¹⁵ Het minste dat hier moet gebeuren, is het bepalen van een redelijke termijn, waarna de bewijslast weer terugkeert bij de bezorgde bepleiters van voorzorg.

Het laatste punt dat wij hier willen aanroeren, is het feit dat de toepassing van het voorzorgbeginsel inmiddels zelf lijdt aan het euvel dat het oorspronkelijk moest bestrijden. Voor wij het voorzorgbeginsel kenden, was de basishouding van beleidmakers immers veelal, dat ingrijpen met verboden of beperkingen pas aan de orde kwam, nadat was aangetoond dat er daadwerkelijk schade werd veroorzaakt. De klassieke juridische grondregel 'wie stelt, bewijst' werd hierbij nog onverkort toegepast. Daarbij ontstond echter regelmatig de situatie dat niet werd ingegrepen, omdat er nog geen sluitend bewijs van schadelijkheid was. Ook hierbij geldt namelijk dat in beginsel tot in het oneindige kan worden volgehouden dat alle geleverde bewijzen van schadelijkheid toch nog de onzekerheid open laten van een onbekende andere factor als eigenlijke schuldige.

Wij menen dat uit deze achtergrond de onhandige, onlogische en onhanteerbare basisformule van het voorzorgbeginsel verklaard kan worden. Het politieke besluit werd genomen om niet langer te accepteren dat beschermende maatregelen eindeloos uitgesteld kunnen worden met een beroep op het ontbreken van sluitend bewijs van schadelijkheid. De formele juridische vertaling daarvan kon moeilijk anders dan moeizaam zijn en nam dan ook de vorm van een triple negative aan: Het ontbreken van bewijs van schadelijkheid mag geen reden zijn om geen beschermende maatregelen te nemen. En hoe ongelukkig deze formulering ook is, het achterliggende politieke besluit en het daarin vervatte bezwaar tegen het stellen van onmogelijke eisen, zijn op zich volkomen redelijk.

Het probleem is echter dat deze oorspronkelijke inzet is omgeslagen in zijn tegendeel. We zien nu dat op grond van het voorzorgbeginsel meer of minder vergaande bewijzen van onschadelijkheid worden gesteld. Zulke bewijsopdrachten zijn - natuurlijk - even onaanvaardbaar als die waarin definitieve bewijzen van schadelijkheid wordt verlangd. Psychologisch gezien zijn bewijzen van onschadelijkheid zelfs nog moeilijker te leveren. Mensen laten zich namelijk eerder van schadelijkheid dan van onschadelijkheid overtuigen.¹⁶ We kunnen hier rustig spreken van een perversiteit van de oorspronkelijke bedoeling. Om daaraan de even noodzakelijke grenzen te stellen, zouden we een aanvullende drievoudige ontkenning kunnen aannemen: *Het ontbreken van bewijs van onschadelijkheid mag geen reden zijn om geen toestemming te verlenen.*

Met bovenstaande punten hebben wij laten zien dat er fundamentele theoretische bezwaren kleven aan het voorzorgbeginsel. Maar theorie is geen praktijk. In de volgende paragraaf geven wij een voorbeeld van de praktische toepassing van het beginsel door overheidsinstellingen.

Voorbeeld van problematische toepassing van het voorzorgbeginsel

Als het voorzorgbeginsel op wezenlijke misverstanden berust en aan zoveel principiële kritiek blootstaat, moet de toepassing ervan wel zeer problematisch zijn. Pieterman (2001) wees er eerder al op dat het beginsel in de politieke praktijk veelal wordt gereduceerd tot de vuistregel 'bij twijfel niet doen'. Marchant en Mossman hebben in dit verband uiterst belangwekkend onderzoek verricht.¹⁷ Zij hebben alle zaken geanalyseerd, waarin voor het Europese Hof van Justitie door tenminste één van de partijen het voorzorgbeginsel naar voren werd gebracht. Hun zorgwekkende conclusie klinkt luid en duidelijk door in de titel. De toepassing én de juridische controle daarop is arbitrary and capricious:

This study of the implementation of the precautionary principle [PP] by the EU courts [shows] a pattern of inconsistent and arbitrary applications. In some cases, the PP is construed as an absolute and draconian measure that mandates zero risk or as close to it as possible. ... In other cases, the importance of the PP is severely downplayed ... This analysis also demonstrates that judicial review is unlikely to impose any restraints or criteria on the use of the PP by regulators. ... Given the lack of any definition or implementation criteria for the PP by EU regulators, one might have hoped that the EU courts would have tried to rein in the unprecedented regulatory discretion provided by the PP' (2004: 64-5).

Het meest extreme voorbeeld dat zij geven van het falen van de beleidscontrole door de Europese hoven betreft de beslissing van de Europese Raad van 17 december 1998 om vier antibiotica te schrappen van de lijst van toegestane toevoegingen aan diervoeders (2004: 46-52). De commissie die het noodzakelijke voorafgaande wetenschappelijke advies uitbracht (The Scientific Committee on Animal Nutrition (SCAN)), concludeerde overtuigd te zijn dat enig risico van voortgezet gebruik niet zou materialiseren binnen de termijn die nodig zou zijn om een uitvoerige en gedegen studie uit te voeren en zelfs niet binnen enkele jaren daarna.¹⁸ In weerwil van dit advies werd het verbod toch van kracht. Het Hof van eerste aanleg liet het besluit vervolgens intact omdat voldaan was aan de eis dat er wetenschappelijk advies was ingewonnen en dat dit advies voldeed aan de daaraan gestelde kwaliteitseisen. Dat het advies inhoudelijk regelrecht tegen het besluit inging, deed er voor het Hof kennelijk minder toe dan het formele feit dat het bestond.¹⁹

In dit geval en vergelijkbare gevallen zijn de misverstanden over wetenschappelijke onzekerheid levensgroot aanwezig. Het Hof acht voorzorgsmaatregelen - soms, maar lang niet altijd! - geoorloofd zolang het onmogelijke niet verricht is, namelijk het sluitend bewijs van onschadelijkheid leveren. Hier zien we hoe het derde door Faure en Vos genoemde kernelement van het voorzorgbeginsel - de omgekeerde bewijslast - in samenhang met de eerste twee ertoe leidt dat Europese rechtssubjecten wel degelijk gehouden worden tot het onmogelijke. Voor zover er wetenschappelijk bewijs is, wijst het op onschadelijkheid. Het ging namelijk om producten die reeds lange tijd probleemloos werden gebruikt.²⁰ Het lijkt ons dan ook evident dat deze situatie volstrekt onaanvaardbaar is.

Conclusie

Wij hebben laten zien dat onzekerheid een fundamenteel gegeven is in het dagelijks leven en in de wetenschap. Wie selectief met dit inzicht omgaat, zet zichzelf oogkleppen op die een redelijk en verantwoord uitzicht op de werkelijkheid onmogelijk maken. Wie meent dat onaanvaardbare onzekerheden uitsluitend kleven aan nieuwe technologie of soms alsnog kunnen worden toegeschreven aan oude technologie, heeft zichzelf zulke oogkleppen opgezet. Dat leidt tot blindheid voor de onbedoelde nadelen die aan de eigen voorzorgmaatregelen kleven.

Het voorzorgbeginsel lijdt aan het dubbele misverstand dat onzekerheid vermijdbaar is én dat *common sense* de sleutel tot een oplossing biedt. Wie zich open stelt voor het inzicht dat onzekerheid en onbedoelde nadelige gevolgen aan al ons handelen kleven, komt al snel een fors aantal kritische noties op het spoor. Wij hebben er daarvan een aantal benoemd. Wij hebben daarbij een aantal aspecten van juridische voorzorg aangewezen, die wij in strijd achten met de eisen die een behoorlijke rechtsorde stelt. Daartoe behoren zeker het stellen van

onmogelijke eisen en het creëren van een situatie waarin de overheid - soms zelfs - blijvend verschoond is van de eisen die wel aan private partijen gesteld worden. Aan die situatie dient snel een einde gemaakt te worden.

Tenslotte is er de principiële overweging dat het voorzorgbeginsel in zijn talloze vormen en toelichtingen niet ontdaan kan worden van de fundamentele verwarring die spreekt uit de ongelukkige formulering van een drievoudige ontkenning. Wie weet dat dubbele ontkenningen al voor bijna onoplosbare verwarring kunnen zorgen, zal zich niet verbazen over het feit dat het voorzorgbeginsel in zijn toepassingen als willekeurig en wispelturig wordt beoordeeld. Het voorzorgsbeginsel levert geen enkele nuttige bijdrage aan het oplossen van de problemen die gerelateerd zijn aan beslissen in situaties van relatief grote onzekerheid, maar het heeft wel nadelige effecten, met name voor de voorspelbaarheid en motivatie van overheidsbeslissingen. Het is duidelijk dat de onzalige combinatie van onzekerheid en voorzorg leidt tot een onaanvaardbare aantasting van de rechtszekerheid. Een beginsel dat zulke bezwaren kent, hoort in het recht niet thuis.²¹

NOTEN

1. [Terug](#)
Michael Faure en Ellen Vos (red.), *Juridische afbakening van het voorzorgbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, Den Haag: Gezondheidsraad, 2003 (publicatie nr A03/03); te downloaden van www.gr.nl; p. 264.
2. [Terug](#)
Zie Comm (2000) 1; 02 februari 2000; *Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel*.
3. [Terug](#)
De klassieke tekst hierover is natuurlijk Risk Society: Towards a new Modernity van Ulrich Beck (1992; oorspronkelijke Duitse uitgave 1986).
4. [Terug](#)
Raffensperger, C. and Tickner, J. (eds) (1999), *Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle*, Washington DC: Island Press, p. 1.
5. [Terug](#)
Zie voor deze aantallen o.a. 'Voer oorlog tegen malaria op', in: NRC Handelsblad (17 oktober 2005; overgenomen uit New York Times van 16 oktober 2005). Vergelijk voor een overweging van de voor- en nadelen 'DDT: Silent Sping or Silent people?' van Indur M. Goklany in diens *The precautionary principle: a critical appraisal of environmental risk assessment* (Washington DC: Cato Institute 2001; p. 13-28).
6. [Terug](#)
Zie voor een bijzonder fraaie en frappante analyse van de al bijna een eeuw oude microwave fears Adam Burgess (2004).
7. [Terug](#)
Vergelijk bijvoorbeeld Bruno Latour, *Wij zijn nooit modern geweest* (Amsterdam: Van Gennep 1994).
8. [Terug](#)
Roel Pieterman, 'Weg met het voorzorgsbeginsel?', in: NJB 2001, 22, p. 1023).
9. [Terug](#)
Concept vastgesteld in de Ministerraad van 19 januari 2001: Derde Nota Waddenzee, Deel 1: ontwerp planologische kernbeslissing, p. 12. Inmiddels is de politieke werkelijkheid veranderd: de nadruk ligt nu op de kleine kans op geringe schadelijkheid, terwijl daartegenover de zekerheid van grote inkomsten staat, die aangewend kunnen worden om meer goed dan kwaad te doen.
10. [Terug](#)
In dit blad is er uitsluitend het artikel van Pieterman (2001) en dat betreft 'een rechtssociologische kritiek'. Vergelijk verder Lucas Bergkamp, 'Understanding the Precautionary Principle', in: *Environmental Liability*, 2002, Parts I and II, p. 18-30 en p. 67-82. Lucas Bergkamp en Jaap C. Hanekamp, 'Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Postmoderne Jurisprudentie?', in: *Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade*, 2003, 4, p. 123-126. Zie verder: Jaap C. Hanekamp, Wybren Verstege en Guillaume Vera-Navas, 'The historical roots of precautionary thinking: the cultural ecological critique and 'The Limits to Growth'', in: *Journal of Risk Research*, 2005, 8(4), p. 295-310.
11. [Terug](#)
Wij noemen hier enkele van de belangrijkste kritische boeken. In de volgende paragraaf bespreken wij de analyse van Gary E. Marchant en Kenneth L. Mossman, *Arbitrary & Capricious: the Precautionary Principle in the European Union Courts* (Washington D.C.: American Enterprise Institute 2004). Deze paragraaf berust onder andere op twee boeken van Cass Sunstein: *Risk and reason: safety, law and the environment* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press 2002) en *Laws of Fear: beyond the precautionary principle* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press 2005). Als sociologische case study wijzen wij op Adam Burgess, *Cellular Phones, Public Fears, and a Culture of Precaution* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press 2004). Vergelijk overigens o.a. Julian Morris (ed) *Rethinking Risk and the Precautionary Principle* (Oxford: Butterworth-Heinemann 2000).
12. [Terug](#)
Een bijkomend probleem is in dit verband dat er een grote onevenwichtigheid bestaat tussen de eenzijdige aandacht voor de nadelen die het beleid beoogt te vermijden en het eenzijdig negeren van de nadelen van het voorgenomen beleid. Onvermijdelijk leidt voorzorgbeleid daarom tot een zeer scheve verhouding van onzekere baten in de verre toekomst en concrete - veelal hoge - kosten hier en nu.
13. [Terug](#)
Vergelijk de uitdrukkelijke uitspraken hierover in de Mededeling van de Europese Commissie (2000). Vergelijk ook Faure en Vos (2003: 264).
14. [Terug](#)
Zie hierover de volgende paragraaf.
15. [Terug](#)
De Communicatie over het voorzorgsbeginsel van de Europese Commissie vereist juist op dit punt een kritische lezing. Na alle schone woorden treedt hier het politieke doel helder aan het daglicht. Onder verwijzing naar de voor de EU negatief uitgevallen afloop van het geschil over hormonen in producten van dierlijke oorsprong voor de WTO tracht de Commissie hier optimale vrijheid tot het nemen van beschermende maatregelen te legitimeren, ook in situaties waarin daarvoor geen goede gronden kunnen worden aangevoerd.
16. [Terug](#)
Zie bijvoorbeeld: M. Siegrist en G. Cvetkovich, 'Better Negative than Positive? Evidence of a Bias for Negative Information about Possible Health Dangers', in: *Risk Analysis* (21(1), 2001: 199-206).
17. [Terug](#)
Marchant en Mossman (2004).
18. [Terug](#)
SCAN. (1996). Report of the Scientific Committee for Animal Nutrition (SCAN) on the possible risk for humans of the use of avoparcin as a feed additive, 21 May 1996. Office for EC Publications, Luxembourg. SCAN. (1998). Opinion of the Scientific Committee for Animal Nutrition (SCAN) on the immediate and longer-term risk to the value of streptogramins in human medicine posed by the use of virginiamycin as an animal growth promoter, 10 July 1998. Office for EC Publications, Luxembourg.
19. [Terug](#)
Zie verder over dit onderwerp: I. Forrester en J.C. Hanekamp, 'Precaution, Science and Jurisprudence: A Test Case', *Journal of Risk Research* (accepted for publication, 2005). Het verbod ter vermindering van antibioticagebruik in de veehouderij, sorteerde het omgekeerde effecten. Het curatieve gebruik van antibiotica is na het verbod namelijk gestegen. De mogelijkheid daarvan was evident tijdens de rechtzaak, maar werd genegeerd in het vonnis. Zie: M. Casewell et al, 'The European ban on growth-promoting antibiotics and emerging consequences for human and animal health', in: *Journal of Antimicrobial Chemotherapy* (52, 2003: 159-161).
20. [Terug](#)
En nog steeds blijkt er niets van zulke problemen in de Verenigde Staten, waar deze producten niet verboden zijn; zie: L.A.Cox en D.A. Popken, 'Quantifying Human Health Risks from Virginiamycin Used in Chickens', in: *Risk Analysis*, (24-1, 2004: 271-288). Zie verder: I. Phillips et al, 'Does the

use of antibiotics in food animals pose a risk to human health? A critical review of published data', in: Journal of Antimicrobial Chemotherapy, (53, 2004: 28-52).

21.[Terug](#)

Afschaffing van het voorzorgbeginsel is niet erg waarschijnlijk. Bovendien zijn daarmee uiteraard niet alle problemen opgelost. Irrationele besluitvorming is ook mogelijk zonder het voorzorgsbeginsel in te roepen. Maar in ieder geval zullen de voorstanders van irrationele maatregelen zich dan niet langer op een rechtsbeginsel kunnen beroepen, hetgeen het debat hopelijk ten goede komt. Afschaffing van het beginsel vergt overigens ook een aanpassing van de Europese verdragen.

links [Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen](#), Michael Faure en Ellen Vos (red.), Den Haag: Gezondheidsraad, 2003 (publicatie nr. A03/03)
[Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel](#), COM/2000/0001
[Weg met het voorzorgsbeginsel? Een rechtssociologische cultuurkritiek](#), dr R. Pieterman, NJB, aflevering 22 van 1 juni 2001
[Dossier Waddenzee, Derde Nota Waddenzee](#), ministerie van VROM

