

Lockdowns: de rechter biedt machtsbescherming, geen rechtsbescherming

Posted on 8 januari 2022 by Lucas Bergkamp

Afgelopen week oordeelde de rechter in kort geding dat de lockdown-maatregelen die sinds 19 december 2021 gelden in stand blijven. Enkele burgers hadden de rechter gevraagd deze maatregelen buiten werking te stellen, omdat deze niet noodzakelijk en niet proportioneel zijn, mede gezien de wetenschappelijke feiten.

De rechter vaart in zijn oordeelsvorming in hoge mate op het advies van het OMT. De wetenschappelijke feiten die de eisers aanvoerden werden van tafel geveegd, want de rechter wil geen 'battle of experts' beslechten. De overheid mag zelfs lockdowns afkondigen wanneer er geen 'wetenschappelijk consensus' bestaat over de noodzaak daarvan.

Door zich zo van zijn taak te kwijten biedt de rechter geen rechtsbescherming, maar slechts machtsbescherming. Dat is met het oog op mogelijke toekomstige klimaat-lockdowns en soortgelijke maatregelen zorgwekkend.

Rechterlijke benoemingen en toewijzing van rechtszaken

Alvorens dit vonnis verder te becommentariëren is het interessant om even stil te staan bij enkele voorafgaande vragen. Wie worden in Nederland eigenlijk tot rechter benoemd? Daarvoor is een organisatie en procedure ingericht. De minister voor rechtsbescherming wijst de leden van de Raad voor de rechtspraak aan, die vervolgens de bestuursleden van de gerechten aanwijst. Deze bestuursleden bepalen in hoge mate wie als rechter een kans krijgt. Voor benoeming bij de Hoge Raad bestaat een aparte procedure.

Wanneer het kabinet geen rechters wil die hinderlijke of politiek ongewenste uitspraken doen, is het een koud kunstje om ervoor te zorgen dat die rechters er niet zullen komen. Deze ernstige tekortkoming is al jaren bekend, maar wordt door opeenvolgende kabinetten maar al te graag in stand gehouden. In plaats van de hand in eigen boezem te steken wijst het kabinet liever met de vinger naar Polen.

Dan zijn er de voor de staat bijzonder belangrijke rechters van de rechtbank Den Haag. Wanneer iemand iets tegen de overheid wil ondernemen, komt de zaak terecht bij deze rechtbank. Dus de staat heeft er veel belang bij dat juist die rechters loyaal zijn. Over de toewijzing van zaken aan rechters valt ook nog wel een en ander te zeggen – welke rechter een kort geding behandelt kan immers bepalend zijn voor de uitkomst.

Devaluatie van grondrechten

Terug naar het vonnis. Het is verbazingwekkend dat in een geschil over inperking van fundamentele vrijheden en grondrechten de hoofdrol toekomt aan het Outbreak Management Team (OMT). De rechter erkent dat de grondrechten door de lockdown worden ingeperkt (welke grondrechten dat zijn, blijft in het midden), maar haast zich dan om daaraan toe te voegen dat 'het beperken van grondrechten onder bijzondere omstandigheden en onder zekere voorwaarden gerechtvaardigd kan zijn'. De bescherming van de volksgezondheid zou zo'n omstandigheid kunnen zijn.

Over de voorwaarden waaronder de grondrechten beperkt mogen worden, horen we vervolgens echter niets meer. Op dat punt stelt de rechter dat de staat 'een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij de keuzen die hem uit het oogpunt van algemeen belang noodzakelijk voorkomen'. Of dat zo is, hangt echter af van die

voorwaarden.

Had de Grondwetgever bijvoorbeeld niet bedacht dat grondrechten alleen bij formele wet beperkt zouden mogen worden? De rechter ziet er echter geen graten in om inperking van grondrechten aan het kabinet toe te vertrouwen, want 'afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het domein van de uitvoerende macht'. U leest het goed: de uitvoerende macht zou bij uitstek bevoegd zijn om de grondrechten in te perken! Niet alleen staatsrechtsgeleerden vallen van hun stoel bij het lezen van dit oordeel.

Selectieve terughoudendheid

Met deze rechterlijke paardensprong zijn de voorwaarden voor inperking van de grondrechten volledig naar de achtergrond verdwenen en staat plotseling de rechterlijke terughoudendheid op de voorgrond. Aan dat soort terughoudendheid ontbrak het volledig in de rechtszaken die Urgenda en Milieudefensie tegen respectievelijk de staat en Shell aanspanden. Daar ging de rechter graag op de stoel van de wetgever en bedrijfsleider zitten om zo klimaatbeleid te kunnen voorschrijven.

Het ging hier om een kort geding, dus dat zou als een rechtvaardiging voor grotere terughoudendheid kunnen gelden. Dergelijke terughoudendheid is echter illegitiem wanneer inperking van de grondrechten aan de orde is. Bovendien staan hier kortdurende crisismaatregelen ter discussie, die slechts in een kort geding getoetst kunnen worden en dus is het credo 'justice delayed is justice denied' van toepassing. In het kort geding over de coronapas besliste de rechter dan ook anders. Indien de rechter in deze lockdown-zaak zijn taak als rechtsbeschermer serieus had genomen, had hij zich niet zo van deze kwestie af gemaakt.

Wetenschappelijke noodzaak

Zoals in de Urgenda- en Milieudefensie-zaken stond in deze lockdownzaak ook de wetenschappelijke noodzaak voor overheidsmaatregelen centraal. Omdat over de wetenschap in de Urgenda- en Milieudefensie-zaken nauwelijks meningsverschil bestond nam de rechter de stellingen van Urgenda en Milieudefensie zonder verder onderzoek over. In de lockdown-zaak bestond er echter wel degelijk verschil van inzicht over de wetenschappelijke noodzaak van de maatregelen.

Alvorens dat verschil van inzicht te beoordelen stelt de rechter dat hij slechts bij ‘evidente onjuistheid’ van de lockdown-maatregelen zou mogen ingrijpen. De staat krijgt volgens de rechter ‘deskundig advies van wetenschappers uit verschillende relevante disciplines en heeft met het oog daarop het Outbreak Management Team (OMT) samengesteld’.

De rechter realiseert zich dus dat de staat zelf de deskundigen kiest om hem van advies te dienen, maar verbindt daaraan verder geen consequenties. Sterker nog, het uitgangspunt is dat ‘de staat in beginsel mag afgaan op adviezen van zijn deskundige adviseurs’. Door de staat zelf benoemde adviseurs, wel te verstaan.

Geen wetenschappelijke kwesties in de rechtszaal

Terwijl de rechter in de Urgenda- en Milieudefensie-zaken diep op de klimaatwetenschap inging, wilde de rechter in de lockdown-zaak zich niet verdiepen in de relevante wetenschap. De eisers hadden wetenschappelijk bewijs aangedragen dat de omikronvariant minder ziekmakend is dan de deltavariant.

Dat wetenschappelijk bewijs wordt door de rechter echter van tafel geveegd. Het zou niet de taak zijn van de rechter om een ‘battle of experts’ te beslechten in kort geding of de wetenschap te beoordelen en daaraan naar eigen inzicht conclusies te verbinden. Hoe anders was dat in de klimaatzaken.

Consensus

In dit verband merkt de rechter ook nog op dat er geen consensus hoeft te bestaan onder deskundigen over de noodzaak van te nemen maatregelen. Ook zonder consensus mag de staat tot lockdown overgaan. In de klimaatzaken was de staat op grond van de beweerdelijke wetenschappelijke consensus verplicht om maatregelen te nemen. In geval van lockdowns mag de staat varen op de wetenschappelijke opinie van een deel van de wetenschappers, mogelijk zelfs een minderheid.

Ook hier laat de rechter na om te bekijken hoe de staat strategisch te werk kan gaan om het wetenschappelijk advies te verkrijgen dat nodig is om voorgekookt beleid te ondersteunen. Wederom zien we dat machtsbescherming het wint van rechtsbescherming.

Onzekerheid

Net zoals het gebrek aan wetenschappelijke consensus is ook het gebrek aan wetenschappelijke zekerheid voor de lockdown-rechter geen probleem. De lockdown is ingegeven door de verwachtingen van het OMT over de ontwikkeling van de omikronvariant van het virus.

Die verwachtingen zijn echter geen wetenschappelijke feiten die een rechter kunnen binden, maar onzekere voorspellingen gebaseerd op ongevalideerde modellen die op deels onbekende aannames steunen. Dat die voorspellingen ook dit keer niet zijn uitgekomen, bleek uit een recent bericht van het RIVM dat Omikron, ondanks de lockdown, voor 35% meer positieve coronatesten zorgt.

Voorzorgsbeginsel

Hier komt het zogeheten voorzorgsbeginsel om de hoek kijken, dat bepaalt dat de afwezigheid van wetenschappelijk zekerheid geen reden is om niet tot de wet- of regelgeving over te gaan. Dit beginsel had het kabinet expliciet omarmd bij de afkondiging van de lockdown.

Dus deze kaap was snel genomen: de staat hoeft van de rechter zekerheid over de precieze kenmerken van de omikronvariant niet af te wachten alvorens maatregelen te treffen, want dan zou het risico bestaan dat het aantal besmettingen en ziekenhuisopnames in korte tijd bijzonder snel zal stijgen. Dat er anderzijds zekere negatieve effecten aan de lockdown verbonden zijn, vermeldt het vonnis niet.

Proportionaliteit

Ook het laatste argument van de eisers mocht niet baten. Eisers hadden betoogd dat een lockdown disproportioneel is omdat de baten daarvan nihil zijn en de schade groot. Hoewel dit een bij uitstek juridische vraag is, verschuilt de rechter zich wederom achter het OMT door te oordelen dat 'het OMT een andere deskundige visie heeft'. Het OMT heeft echter geen enkele bijzondere deskundigheid op het vlak van de afweging van de kosten en baten van lockdowns.

Ook het feit dat de precieze effecten van de lockdown niet kunnen worden

vastgesteld, kan de rechtmatigheid van de lockdown niet aantasten. Het deert de rechter klaarblijkelijk niet dat het onmogelijk is om te beoordelen of een maatregel proportioneel is als je niet eens de effecten ervan kent; de wil van de staat krijgt voorrang.

Van rechtsbescherming naar machtsbescherming

Het oordeel van de rechter in de lockdown-zaak is geen geruststelling voor degenen die vertrouwden op rechtsbescherming tegen ongekende machtsuitoefening. De grondrechten zijn bedoeld om burgers te beschermen tegen de staat, maar bij deze rechter verdwenen die rechten met een drogredenering naar het tweede plan.

Door die juridische manoeuvre draaide de legaliteit en legitimiteit van de lockdown bijna uitsluitend om de vraag of die maatregelen op het advies van het OMT gebaseerd konden zijn. Door deze extreme 'verwetenschappelijking' van een juridische kwestie kon de rechter schuilen achter de wetenschap om zo de machtsuitoefening te beschermen. De technocratie spint garen bij deze willekeurige rechterlijke terughoudendheid die het OMT almachtig maakt.

Daarmee heeft de rechter de grondrechten gedevalueerd en de technocratische staat min of meer een vrijbrief gegeven. Vast staat dat, indien de rechterlijke macht op deze voet voort gaat, machtsbescherming het steevast zal winnen van rechtsbescherming.

Het Outbreak Management Team

Nu het OMT een cruciale rol heeft gekregen bij de inperking van de grondrechten, is het van belang goed te kijken naar dit orgaan. Het Centrum Infectieziektebestrijding van het RIVM organiseert en faciliteert het OMT bij grootschalige uitbraken. Dat gebeurt in overleg met en namens de minister van VWS.

Het OMT heeft een aantal vaste leden en kan ook andere deskundigen oproepen. De vaste leden zijn eenzijdig gekozen uit de hoek van infectieziekten en geneeskunde; economische en juridische expertise ontbreekt. Hoe zo'n gezelschap zich gefundeerd kan uitspreken over de proportionaliteit of de kosten en baten van de inperking van grondrechten, is een raadsel.

Het OMT is niet onafhankelijk wetenschappelijk

Het OMT is geen onafhankelijk wetenschappelijk orgaan, maar een beleidsondersteunende club die vragen van de overheid beantwoordt en adviezen geeft over maatregelen en de effecten ervan op grond van drie pijlers die het kabinet heeft bepaald: een acceptabele belastbaarheid van de zorg, het beschermen van kwetsbare mensen in de samenleving en 'het zicht houden op en het inzicht hebben in de verspreiding van het virus' (sic!).

Andere overwegingen, zoals het belang van vrijheid en economische activiteit, zijn dus uitgesloten van het beraad binnen het OMT. Op grond waarvan heeft de rechter dan kunnen besluiten dat het kabinet op het OMT mag varen bij de beperking van grondrechten?

Achter gesloten deuren

Mogelijk nog problematischer dan de eenzijdige samenstelling en beperkte reikwijdte is de werkwijze van het OMT. De beraadslagingen in het OMT zijn vertrouwelijk, want, zo luidt het, 'in het OMT moet door deskundigen vrijelijk vanuit inhoudelijk perspectief gediscussieerd kunnen worden'.

Waarom dat met openbaarheid zou strijden, is onduidelijk. De burger heeft dus geen idee van de overwegingen van de leden van het OMT. Minderheidsopinies worden niet gepubliceerd.

Omdat wetenschappelijke referenties ontbreken is het onduidelijk of de OMT-adviezen de mening van de deskundigen weerspiegelen of wetenschappelijke bevindingen. Bovendien wordt een OMT-advies pas openbaar gemaakt, nadat er een besluit is genomen.

Hoezo geen belangenverstrengeling?

Verder lijkt de regeling ter voorkoming van belangenverstrengeling niet goed te werken. Veel gegevens die nodig zijn om gedegen beleidsadvies te kunnen geven, ontbreken en de brondata worden systematisch achtergehouden, waardoor verificatie en alternatieve analyse onmogelijk zijn.

Kortom, het OMT bestaat uit ongekozen deskundigen op het gebied van

infectieziekten, die geen politieke verantwoording dragen, slechts beleidsondersteunend advies geven op grond van drie, door het kabinet geformuleerde en zeer beperkte pijlers en in het geheim delibereren op basis van incomplete en deels geheime data.

Deze in hoge mate door de overheid gestuurde club bepaalt in feite of de grondrechten van toepassing zijn, want het kabinet neemt de adviezen een op een over. Dat is strijdig met het idee van de democratische rechtstaat.

Rechterlijke staatsbediening

Al eerder in de strijd tegen het coronabeleid zagen we een knap staaltje van machtsbescherming in een eentweetje tussen de appèl-rechter en het kabinet. In een kort geding aangespannen door 'Viruswaarheid' in februari 2021 had de rechter de avondklok 'niet legitiem' verklaard, waardoor die maatregel met onmiddellijke ingang zou moeten worden opgeheven.

Binnen de kortste keren had het kabinet echter een zogeheten 'turbo spoedappel' geregeld. In hoger beroep werd de staat op zijn wenken bediend en de 'rechterlijke dwaling' teruggedraaid.

Voor de zekerheid had het kabinet ook nog in hoog tempo de wet laten aanpassen. Met de 'Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19', die na een spoedprocedure reeds op 22 februari 2021 in werking trad, kreeg de avondklok een nieuwe juridische grondslag. De appèl-rechter was evenwel bereid om de avondklok ook op wankele juridische basis goed te keuren.

Dit zijn geen uitzonderingen. Onderzoek in de toeslagenaffaire heeft aangetoond dat rechters geneigd zijn hun taak te verwaarlozen om de staat van dienst te zijn. Dat toont maar weer eens dat rechterlijke onafhankelijkheid iets anders is dan rechterlijke onpartijdigheid, met name wanneer één van de partijen in een geding de opleider en broodheer van de rechter is – de rechtscultuur dwingt.

Van Covid-19 naar klimaatwetenschap

De essentie van de uitspraak kan in één korte zin samengevat worden: wie het wetenschappelijke adviesorgaan beheerst, beheerst de rechter. En dat is altijd de overheid, die ook nog eens de rechterlijke benoemingen beheerst.

Als dit vonnis maatgevend is, dient zich een blauwdruk aan voor de strategie van het kabinet om rechtsgeldige klimaat-lockdowns af te kondigen om de onbestaande 'klimaatcrisis' op te lossen:

1. Neem een wet aan die het kabinet de bevoegdheid geeft om op basis van het advies van 'klimaatdeskundigen' noodmaatregelen te nemen en lockdowns af te kondigen teneinde de uitstoot terug te dringen;
2. Stel een 'wetenschappelijk' adviesorgaan samen dat het kabinetsbeleid ondersteunt en benoem wetenschappers die van modellering houden en bereid zijn om te doen wat de overheid vraagt;
3. Zorg dat de opleiding van juristen en rechters 'progressief probleemoplossend' blijft, consolideer of 'verbeter' het rechterlijk benoemingsbeleid en zorg dat de toewijzing van zaken 'goed' wordt bestuurd; en
4. Kondig kortdurende, op 'wetenschappelijk advies' gebaseerde lockdowns af, die slechts in kort geding (dus met een ruime beoordelingsmarge voor de overheid en terughoudende rechterlijke toetsing) effectief kunnen worden aangevochten.

Alle rechtsvragen worden zo gereduceerd tot wetenschappelijke kwesties die niet bij de rechter thuis horen. Met deze strategie zullen de technocratische machthebbers van de wetenschap noch van de rechterlijke macht iets te vrezen hebben.

De zieke rechtsstaat

Covid-19 heeft naast een deel van het Nederlandse volk ook de democratische rechtsstaat geïnfecteerd. Dat is zeer slecht nieuws voor de toekomst van de rechtsstaat. Covid-19 gaat voorbij, maar de klimaatcrisis zal tot zeker 2050 aanhouden. Het OMT wordt 'Klimaat Management Team' of KMT.

De door de overheid benoemde klimaatdeskundigen zullen bepalen in hoeverre de Nederlandse burger nog grondrechten heeft en de rechter, bijna alle rechtsgeleerden, de meeste volksvertegenwoordigers en het overgrote deel van de publieke media zullen erbij staan en ernaar kijken.

Want de staat mag beleid baseren op adviezen van zijn deskundige adviseurs. Grondrechten zijn nu eenmaal een kwestie van wetenschap en daarover heeft de

rechter niets te zeggen. De rechter is diep weggezakt in het moeras van de verzwakte rechtsstaat die hij zelf heeft meehelpen creëren.

We moeten snel uit de ontkenningsfase zien te komen. Het wordt tijd dat we erkennen dat we niet meer leven in de democratische rechtsstaat die de grondwetgever voor ogen had. Pas dan kan de lange weg naar herstel ingeslagen worden.

Lucas Bergkamp *schrijft regelmatig voor Wynia's Week over de ondermijning van de rechtsstaat – door de overheid zelf, welteverstaan. Vindt u deze onafhankelijke berichtgeving ook noodzakelijk? Wynia's Week wordt gedragen door de auteurs en de donateurs. Doneren kan* ***HIER*** *Hartelijk dank!*