

University of Groningen

Waar bleven de juristen?

Mackor, Anne-Ruth

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Mackor, A.-R. (2020). Waar bleven de juristen? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2020(5), 205-207.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Waar bleven de juristen?

Was 2019 volgens sommigen het jaar van de dikastocratie, 2020 mag zonder twijfel het jaar van de technocratie heten. Waar de uitvoerende macht in 2019 in onder meer de *Urgenda*- en de *Stikstof*-zaak met politieke argumenten aan banden zou zijn gelegd, daar heeft diezelfde uitvoerende macht zich in 2020 uit vrije wil overgeleverd aan wetenschappers, meer in het bijzonder aan de meest recente en nog onzekere inzichten van virologen, epidemiologen en andere biomedici.

Paradoxaal genoeg zijn met deze technocratisering juristen vrijwel onzichtbaar geworden in het publieke debat over de maatregelen naar aanleiding van de covidcrisis. Vrijwel, want vrij snel na de ‘intelligente lockdown’ werd al wel felle kritiek geleverd op het functioneren van de rechtspraak en op de coronavirusapp¹ en sinds eind april hebben vooral Jan Brouwer² en Wim Voermans³ in de media niet aflatend kritiek geleverd op inzet van de figuur van de lokale noodverordening, met name omdat die niet als grondslag kan dienen voor beperking van grondwettelijk verankerde grondrechten.⁴ Voermans en Brouwer maken een belangrijk punt, maar dat hebben ze inmiddels zo vaak herhaald, dat het sleets dreigt te worden.⁵ Er zijn bovendien meer punten waarop de inbreng van rechtsgeleerden, maar ook van empirische rechtswetenschappers, node gemist werd en wordt. Waarom laten zij niet van zich horen?

Waar waren de juristen bij de OMT-adviezen?

Al vrij snel na de COVID-19-uitbraak is de vraag gesteld: waarom bestaat het Outbreak Management Team (OMT) uitsluitend uit biomedische deskundigen? Zouden niet ook experts uit andere disciplines een rol moeten spelen? Of had er, als het OMT zich als onderdeel van het RIVM tot het medische domein moet of wil beperken, naast het OMT een meer interdisciplinair OMT moeten worden opgericht waarin onder meer ook juristen en empirische rechtswetenschappers zitting hebben? Of is dat niet nodig omdat hun inbreng elders al geborgd is? Daar lijkt het niet op, al was het maar omdat op de website van het RIVM staat dat het OMT-advies wordt besproken in een bestuurlijk afstemmingsoverleg (BAO) en door de ministers en dat de bestuurders in het BAO het OMT-advies op bestuurlijke en politieke haalbaarheid beoordelen.⁶ Is het niet merkwaardig en bovenal zorgelijk

dat juridische ‘haalbaarheid’ überhaupt niet genoemd wordt?

Men zou toch denken dat een van de eerste afwegingen die bij de invoering van ingrijpende overheidsmaatregelen wordt gemaakt, moet gaan over de vraag op welke wijze de maatregelen juridisch, rechtsstatelijk, geborgd kunnen worden. Natuurlijk was de aanpak van het kabinet in eerste instantie gericht op medische kwesties, meer in het bijzonder op het voorkomen van code zwart op de ic’s en daarvoor is eerst en vooral biomedische informatie en statistische modellering nodig. Maar maakt eerdergenoemde kritiek niet duidelijk dat het beter was geweest als vanaf dag 1 ook juristen waren geraadpleegd? Was dan wellicht niet gekozen voor verankering in de Wet publieke gezondheid en de Wet veiligheidsregio’s, met alle gevolgen voor het gebrek aan democratische controle op de voorzitters van de veiligheidsregio’s en de onwettige inperking van grondrechten waar we tot op heden (begin september 2020) mee geconfronteerd worden?

Ook valt op dat meer recent, nu het ‘morele appel’ van Rutte zijn kracht lijkt te verliezen, af en toe sociaal psychologen aan het woord komen om de handhavingsproblemen en de afnemende nalevingsbereidheid te ‘duiden’. Rechtsociologen en rechtspsychologen, wetenschappers die zich toch bij uitstek gespecialiseerd zouden moeten hebben in de naleving en handhaving van overheidsrecht, horen we echter nog steeds weinig in het publieke debat. Dat is des te opmerkelijker nu verschillende rechtenfaculteiten recent Empirical Legal Studies (ELS) als ‘speerpunt’ voor hun onderzoek hebben gekozen. Waar blijven die ELS-onderzoekers?

Waar waren de juristen bij het draaiboek ‘Triage op basis van niet-medische overwegingen’?

Ook buiten het OMT worden belangrijke vragen besproken waarbij juristen ten onrechte geen of slechts een ondergeschikte rol lijken te spelen. Zo publiceerden de Federatie Medisch Specialisten en de Artsenfederatie KNMG op 16 juni 2020 het draaiboek ‘Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname ten

1. Zie bijvoorbeeld njb.nl/nieuws/wetenschappers-kritisch-over-corona-apps/, laatst geraadpleegd 31 augustus 2020.

2. Zie bijvoorbeeld nos.nl/artikel/2331563-hoogleraar-staatsrecht-noodverordening-gaat-nu-veel-te-ver.html, laatst geraadpleegd op 31 augustus 2020.

3. Zie bijvoorbeeld nrc.nl/nieuws/2020/04/23/parlement-maak-een-eind-aan-deze-uitzonderingstoestand-a3997665 en nrc.nl/nieuws/2020/09/01/coronawet-zet-alle-democratische-principes-op-hun-kop-a4010476, laatst geraadpleegd op 2 september 2020.

4. Zie ook de bijdrage van Adriaan Wierenga over artikel 176 Gemeentewet verderop in dit nummer.

5. In kort geding heeft de rechtbank Amsterdam aangegeven dit punt niet te willen toetsen omdat hij het kort geding daar niet geschikt voor acht. Zie uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2020:4057, m.n. r.o. 4.17.

6. rivm.nl/coronavirus-covid-19/omt, laatst geraadpleegd op 23 augustus 2020. Zie artikel 3 van het Instellingsbesluit Bestuurlijk afstemmingsoverleg Infectieziektebestrijding voor de samenstelling van het BOA.

tijde van fase 3 in de COVID-19 pandemie'.⁷ Volgens de begeleidende brief bij het draaiboek (p. 1) zijn, op initiatief en onder coördinatie van de KNMG, uitgangspunten opgesteld door een adviesgroep van medisch-ethici van de KNMG en vijf hoogleraren (medische) ethiek en filosofie. Daarnaast hebben afgevaardigden van verschillende medisch-wetenschappelijke verenigingen meegewerkt. Interessant is dat in de begeleidende brief niet-medische overwegingen zonder nadere toelichting worden gelijkgesteld met ethische overwegingen, terwijl daar bijvoorbeeld ook juridische en economische overwegingen onder vallen. Dat is waarschijnlijk de reden waarom uitsluitend aan ethici is gevraagd een 'ethisch raamwerk' te schetsen. Ook hier dringt de vraag zich op waar de juristen waren. Hadden zij, met name specialisten gezondheidsrecht en mensenrechten, geen bijdrage kunnen of moeten leveren aan dit draaiboek? Neem bijvoorbeeld het meest omstreden onderdeel van het draaiboek, het zogeheten 'fair innings'-argument dat stelt dat 'in het kader van intergenerationale solidariteit leeftijd op grond van overwegingen van rechtvaardigheid een relevant criterium is' (Draaiboek, p. 13). Kort gezegd: iemand van tachtig heeft al meer levensjaren 'geïnd' dan iemand van vijftig en daarom is leeftijdsdiscriminatie gerechtvaardigd ('fair'). Volgens het Draaiboek gaat echter niet alleen een vijftigjarige voor een tachtigjarige, maar ook een tienjarige voor een dertigjarige, een dertiger voor een vijftiger, enz.

Ik heb hier niet de ruimte om dieper op dit argument in te gaan, maar het is opvallend dat het argument alleen wordt toegelicht met behulp van John Rawls' beroemde maar omstreden 'veil of ignorance'. Achter een sluier van onwetendheid weet je niet wat je eigen leeftijd is of tot welke generatie je behoort en zal je 'het meeste belang hechten aan een zo groot mogelijke kans op een normale levenslengte en minder belang aan een iets vergrote kans op een meer dan normale levenslengte' (Draaiboek, p. 14). Argumenten tegen het 'fair innings'-argument worden niet besproken en van de belangrijkste alternatieven, zoals direct loten of 'wie het eerste komt, wie het eerste maalt', wordt alleen gezegd dat zij vanuit ethisch oogpunt op grotere bezwaren stuiten (p. 14).

Twee vragen dringen zich op. Ten eerste: hebben juristen hier niets aan toe te voegen? Hebben zij niets te zeggen over bijvoorbeeld mogelijke leeftijdsdiscriminatie of over de vermeende onrechtvaardigheid van loten? Ten tweede: waarom is het een kwalijke zaak dat de ethische argumenten, meer in het bijzonder het 'fair innings'-argument, niet of slechts summier worden uitgewerkt in het Draaiboek? Een voor de hand liggend antwoord is dat het Draaiboek nu eenmaal een draaiboek is en geen ethisch handboek waarin alle argumenten voor en tegen aan bod komen. Ik begrijp deze tegenwerping, maar er is iets bijzonders met ethiek wat maakt dat ethici argumenten en tegenargumenten zelfs in een draaiboek wel verder zouden moeten uitwerken. Ik kan het bijzondere karakter van ethiek en de implicaties daarvan niet beter verwoor-

den dan Christopher Cowley recent heeft gedaan. Daarom citeer ik hem uitvoerig (cursivering – ARM):⁸

'The tax lawyer and the car mechanic and the dentist can try to explain things in lay terms, but in the end they may be forced to say, "I have expertise and you do not, so I'm afraid I cannot fully explain the reasoning behind my advice and you will just have to trust me." But the putative ethics expert has to give intelligible reasons for the advice she gives, reasons that go all the way down. The client, in trying to deal with her ethical perplexity, then has to take these reasons or leave them; but if she takes them, she thereby makes them her own reasons, without deference.

This is not to deny the existence of ethical expertise, but only to suggest that if it does exist, it has a very different nature than the kinds of non-ethical expertise we surveyed at the beginning. One difference is that when the putative ethical expert attempts to persuade the non-expert, she is not essentially trying to impart new information (though she may be doing that as well) but is instead trying to bring the non-expert to see the situation from her point of view'.

Kort gezegd: ethici zijn, anders dan medici maar ook anders dan juristen, geen experts met betrekking tot de feiten. Juristen zijn dat wel; zij hebben expertise met betrekking tot het geldende recht en dus ten aanzien van de vraag of een verordening, maatregel of draaiboek in strijd is of op gespannen voet staat met het positieve recht. Ethici hebben zulke expertise niet, want er is niet, zoals bij het positieve recht, een onomstreden moraal laat staan een moreel systeem. Voor zover het gaat om kennis van de positieve moraal die daadwerkelijk in een samenleving wordt aangehangen, zijn het sociologen en antropologen die daarover op basis van empirisch onderzoek kennis hebben. Daarom kunnen ethici nooit zeggen: 'En zo zit het' of 'Dit is mijn advies en daar zult U het mee moeten doen'. Hun meerwaarde is, of althans zou moeten liggen in, het geven en vooral ook het verhelleren van argumenten voor en tegen bepaalde standpunten, en niet in het geven van half beargumenteerde eigen morele visies.

Nu zou men kunnen zeggen: laat ethici die willen moraliseren, hun gang gaan, ook dat is immers onderdeel van het publieke debat. Uiteraard heb ik daar geen bezwaar tegen. De situatie is echter anders wanneer hun opvattingen neerslag vinden in adviezen en draaiboeken. Dan kan men vraagtekens plaatsen bij het stempel dat ethici drukken en zorg uitspreken over het feit dat een bijdrage van juristen aan die adviezen en draaiboeken ontbreekt of althans minimaal is.

Een voorbeeld nemen aan de rechtspraak? Pleidooi voor een 'science court'

Op 25 april 2020 berichtte de NOS dat diverse prominente wetenschappers openlijke kritiek hebben op de werk-

7. knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht-corona/publicatie-draaiboek-keuzes-ic-opname-bij-schaarste.htm, laatst geraadpleegd op 23 augustus 2020.

8. Christopher Cowley, 'Ethical expertise', in: David Coady & James Chase (red.), *The Routledge Handbook of Applied Epistemology*, London: Routledge 2018, p. 307-317, p. 310.

wijze van het OMT.⁹ Volgens het bericht zijn de notulen van de OMT-bijeenkomsten niet openbaar en worden de gebruikte modellen, data en onderliggende stukken die het OMT-team hanteert niet gepubliceerd. Het RIVM zegt dat dit met de gevoeligheid van de besprekingen te maken heeft. De stukken zijn niet via de Wet openbaarheid van bestuur op te vragen en de Tweede Kamer en het Ministerie van Volksgezondheid, Wetenschap en Sport krijgen ze ook niet te zien. En dat, zo vervolgt het bericht, ‘terwijl het OMT wekenlang de belangrijkste invloed op het beleid had omdat het kabinet de adviezen een op een overnam’.

Opnieuw dringt zich de vraag op: waar waren de rechtswetenschappers? Waarom ontstond geen publiek debat waarin WOB- en andere juridische experts uitleg gaven en eventueel een standpunt innamen over dit gebrek aan openbaarheid?¹⁰ Een tweede vraag brengt me bij de rechtspraak. Vormen het OMT en vergelijkbare wetenschappelijke adviesorganen een bedreiging voor onze democratische rechtsstaat? Zouden zij op andere wijze, en wel naar het voorbeeld van de rechtspraak, gemodelleerd moeten worden? Ik begin mijn antwoord met een citaat:

‘It is my view that, at the present time, the most significant task in the application of science to social problems is no longer the actual doing of applied research (...), but the making of the great decisions which determine the rate and directions of progress. The (...) government has had to make decisions on questions which have an important scientific component – that is, which involve areas of science so new that no unanimity has been achieved in the scientific community and so important that the decisions inevitably have important political and perhaps moral implications. (...) The essential input from the scientific community to decision making is via the scientific advisory committee.’¹¹

Deze tekst had geschreven kunnen zijn naar aanleiding van de COVID-19-crisis en de rol van het OMT daarin. Hij is echter ruim 50 jaar oud en een reflectie op beslissingen die de Amerikaanse overheid had genomen tijdens de Tweede Wereldoorlog (zoals de beslissing een atoombom te bouwen) en de Koude Oorlog. De auteur, Arthur Kantrowitz, die destijds onder meer directeur van een laboratorium was, deed drie aanbevelingen voor de verbetering en met name de institutionalisering van wetenschappelijke adviescommissies. Deze wil ik hier noemen, omdat zij ook voor adviescommissies zoals het OMT van belang zijn en omdat de aanbevelingen laten zien dat de rechtspraak een model kan en wellicht ook moet zijn voor dergelijke wetenschappelijke commissies.

Ten eerste zegt Kantrowitz dat wetenschappelijke en morele en politieke componenten gescheiden moeten worden in de zin dat wetenschappers zich tot de wetenschap moeten beperken. We hebben gezien dat OMT-leden in het publieke debat die grens met enige regelmaat overschrijden door een oordeel te vellen over de sociale en economische (on)wenselijkheid van maatregelen die bijvoorbeeld vliegen of schoolsluiting betreffen.

Kantrowitz’ tweede aanbeveling betreft het probleem dat experts vaak zozeer in hun eigen gelijk geloven dat zij niet langer onbevooroordeeld tegenover andere visies staan. In ‘normale’ wetenschappelijke discussies is dat niet erg, omdat peer reviews en nader onderzoek uiteindelijk kunnen tonen wie gelijk heeft. In een crisissituatie is daar echter geen tijd voor. Kantrowitz verwijst daarom naar de oplossing die juristen ‘al honderden jaren geleden’ voor dit probleem hebben gevonden: het scheiden van de rollen van advocaat en rechter. Hij stelt dat het hoogste niveau van expertise samen kan gaan met onpartijdigheid door specialisten, als waren zij advocaten, hun gelijk te laten bepleiten voor een ‘science court’. Daarin beslechten generalistische wetenschappers, als rechters, na ondervraging en kruisverhoor de strijd op onafhankelijke en onpartijdige wijze (p. 763).¹²

Voor Kantrowitz’ derde aanbeveling kan de rechtspraak ook als voorbeeld dienen. Hij betoogt dat de adviezen van de wetenschappelijke commissies moeten worden gepubliceerd (p. 764). Hij stelt dat de samenleving daarmee kan zien hoe onpartijdige wetenschappelijke rechters over de feiten hebben geoordeeld en ook dat de adviezen daarmee een betere grondslag bieden voor politieke besluiten. Een tweede voordeel is volgens Kantrowitz dat publicatie van de adviezen de betrokkenheid van de ‘wetenschappelijke rechters’ bij hun uitspraak vergroot en daarmee gerenommeerde wetenschappers kan aantrekken om een rol te spelen in deze besluitvorming.

Ten slotte

Waar wetenschappers als deskundigen een steeds grotere rol spelen in de rechtspraak,¹³ daar kan het omgekeerd geen kwaad als juristen wetenschappers wijzen op nut en noodzaak van een scheiding van taken en machten en op het belang van heldere procedures en openbaarheid bij het nemen van beslissingen. Hoog tijd dus om juristen én Kantrowitz’ idee van een ‘science court’ serieus te nemen.

ARM

9. nos.nl/nieuwsuur/artikel/2331727-wetenschappers-bekritisieren-gebrek-aan-openheid-corona-adviezen.html, laatst geraadpleegd op 23 augustus 2020.

10. Viruswaarheid heeft in kort geding inzage in verschillende stukken gevorderd. De rechtbank Midden-Nederland heeft die vordering op 9 september 2020 afgewezen (ECLI:NL:RBMNE:2020:3799). Zie ook de toelichting op deze uitspraak op rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Midden-Nederland/Nieuws/Paginas/Geen-inzage-stukken-RIVM-voor-Viruswaarheid.aspx, laatst geraadpleegd op 25 september 2020.

11. Arthur Kantrowitz, ‘Proposal for an Institution for Scientific Judgment’, *Science*, Vol. 156, No. 3776 (May 12, 1967), p. 763-764, p. 763.

12. Kantrowitz zelf gebruikt de term ‘science court’ overigens niet. Zie bijvoorbeeld A.W. Jurs, ‘Science court: Past proposals, current considerations, and suggested structure’, *Virginia Journal of Law & Technology*, 15(1) 2010, p. 1-42.

13. Meer daarover in het laatste deel van mijn preadvies ‘Juridische beroepsethiek’, in A. Berlee e.a., *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 150e jaargang), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 75-107, p. 93-103.