

Arnhem

15 januari 2021

AANTEKENEN

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State  
Postbus 20019  
2500 EA DEN HAAG

Onderwerp: aanvulling motivering hoger-beroepen m.b.t. privacy in het openbaar vervoer  
Uw zaaknummers: 2019-07478; 2020-1625; 2020-1626

Edelachtbare heer, vrouwe,

## Inhoudsopgave van deze aanvullende motivering

	Pag.
1 Aanleiding voor deze aanvullende motivering	2
2 Verhinderings voor aanwezigheid ter zitting op 8 februari 2021	
2.1 Reden voor verhindering	3
2.2 Redenen waarom geen vertegenwoordiging ter zitting	3
2.3 Verzoek om respecteren van privacy m.b.t. verhindering	3
2.4 Mogelijkheid schriftelijk beantwoorden vragen van de kant van uw Afdeling	4
3 Nieuwe omstandigheden en de implicaties daarvan voor de onderhavige casussen	
3.1 Nieuwe omstandigheden in het Nederlandse OV: pilot NS in Noord-Holland	5
3.2 Maatregel Nederlandse regering: reisbeperkingen voor Nederlanders	7
3.3 Ontwikkelingen Nederlandse rechtspraak: hoe de rechtsstaat wordt afgebroken	
3.3.1 Post-truth-rechtspraak m.b.t. ruimtelijke ordening	24
3.3.2 Uitspraken kort-geding-rechter m.b.t. reisbeperkingen Nederlanders	27
3.3.3 Bagatellisering van "kleine" rechten - en de grote gevolgen daarvan	35
3.4 Grondrecht op bewegingsvrijheid met behoud van privacy	
3.4.1 Bewegingsvrijheid in relatie tot privacy: infrastructuur voor vrijheid	41
3.4.2 Bewegingsvrijheid en eerbiediging gezinsleven: materiële grondrechten	43
3.4.3 Hoe het grondrecht d.m.v. materieel recht kan worden beschermd	44
3.5 Conclusie: twijfel aan zinvolheid van beroep op de rechter	46
4 Reactie op onderdelen van de inbreng van NS en Connexion	49
5 Verzoek om schriftelijk te mogen reageren op eventuele verweerschriften van de AP	56
6 Ondertekening en bijlage: <i>De rol van ethiek in rechtspraak</i>	57

## 1 Aanleiding voor deze aanvullende motivering

Uw Afdeling is voornemens om op 8 februari 2021 drie hoger-beroepen die ik heb ingediend, ter zitting te behandelen. Deze hoger-beroepen hebben alle drie betrekking op privacy in het openbaar vervoer:

- discriminatie door NS van houders van "anonieme" OV-chipkaarten, misleiding ten aanzien van de anonimiteit van die OV-chipkaarten, en het feitelijk ontnemen van de mogelijkheid van anoniem reizen (9 en 29 oktober 2019; uw zaaknummer: 2019-07478);
- generieke weigering van contant geld door Connexxion bij betaling van vervoersbewijs in alle Nederlandse bussen (6 maart 2020; uw zaaknummer: 2020-1625)
- drie privacy-schendingen door NS (6 maart 2020; uw zaaknummer: 2020-1626):
  - (1) verplicht beschikbaar stellen van persoonsgegevens bij terugvragen saldo van "anonieme" OV-chipkaarten;
  - (2) verplicht aanleveren persoonsgegevens bij de aanschaf aan Nederlandse stationsbalies van internationale treintickets binnen de EU;
  - (3) discriminatie in de vorm van extra service-kosten bij privacy-vriendelijk laden van nieuw saldo op "anonieme" OV-chipkaarten.

Op 29 april 2020 heb ik de motivering van deze drie hoger beroepen aangevuld (onder de titel: *Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis*). Ik wil mijn motiveringen ten aanzien van deze drie hoger beroepen nu opnieuw aanvullen, naar aanleiding van de volgende ontwikkelingen:

- Ik ben **verhinderd** om persoonlijk aanwezig te zijn op de zitting op 8 februari 2021;
- In het Nederlandse openbaar vervoer is sprake van een nieuwe, relevante omstandigheid in de vorm van een **proefproject ('pilot') van NS** om het in Noord-Holland (bijna) volledig onmogelijk te maken om nog met het openbaar vervoer te reizen zonder dat er persoonsgegevens worden verzameld over de reisbewegingen van reizigers;
- De Nederlandse staat heeft op 24 december 2020 besloten om aan Nederlanders die met het openbaar vervoer terug willen reizen naar hun eigen land, de **toegang tot het land** te ontzeggen indien zij direct voorafgaand aan hun reis geen negatief PCR-testresultaat aan de vervoermaatschappij tonen in een door de Nederlandse staat geaccepteerde taal. Hiermee worden verschillende grondrechten geschaad, waaronder het grondrecht op privacy;
- Er zijn indicaties dat de Nederlandse rechtspraak, in ieder geval op het niveau van lagere rechters, **"post-truth" is gegaan waardoor er niet langer sprake is van onafhankelijke rechtspraak**. Als dit klopt, betekent dit dat er een einde is gekomen aan de Nederlandse rechtsstaat voor wat betreft de bescherming van bepaalde grondrechten, waaronder het grondrecht op privacy. Dit roept ook twijfel op aan de zinvolheid van mijn onderhavige hoger-beroepen;
- **NS en Connexxion hebben als procespartijen schriftelijke inbreng geleverd**. Daar wil ik op reageren;
- Er hebben mij, hoewel er sinds de indiening van mijn hoger-beroepen reeds meer dan veertien, respectievelijk tien maanden verstreken zijn, **nog geen verweerschriften** van de AP bereikt. Naar alle waarschijnlijkheid zal de AP pas op het allerlaatst verweerschriften insturen, zodat ik geen gelegenheid meer heb om daar voorafgaand of tijdens de zitting gefundeerd en voldoende gearticuleerd op te reageren. Ik wil uw Afdeling verzoeken mij de gelegenheid te bieden om na de zitting nog schriftelijk op de eventuele verweerschriften van de AP te reageren, met het oog op een zorgvuldige procesgang in dit specifieke geval.

## **2 Verhinderung voor aanwezigheid ter zitting op 8 februari 2021**

### **2.1 Reden voor verhindering**

Ik ben verhinderd om persoonlijk aanwezig te zijn op de door uw Afdeling geplande rechtszittingen op 8 februari 2021, in verband met persoonlijke omstandigheden die te maken hebben met Covid-19.

Ik ben bereid om de redenen voor mijn verhindering nader te motiveren, indien uw Afdeling in dat geval kan toezeggen dat die nadere motivering vertrouwelijk behandeld wordt en dus niet gedeeld wordt met de andere procespartijen of andere derden.

Ik verwijs in dit verband naar de standaardclausule met betrekking tot privacy in uw ontvangstbevestigingen van hoger beroepen:

#### **Privacy**

Wees er alert op welke privacy-gevoelige informatie u wenst te delen, want de Afdeling stuurt de van u ontvangen stukken door naar de andere partijen.

Hieronder, in paragraaf 2.3, zal ik nog nader ingaan op privacy in relatie tot mijn redenen voor verhindering.

### **2.2 Redenen waarom geen vertegenwoordiging ter zitting**

Ik heb overwogen of ik mij, gezien mijn verhindering, op 8 februari 2021 ter zitting kan laten vertegenwoordigen door iemand anders, bijvoorbeeld een advocaat. Ik ben tot de conclusie gekomen dat ik op zo'n korte termijn geen advocaat of andere persoon ken die zich het dossier op tijd voldoende eigen kan maken om mij met de vereiste kwaliteit te vertegenwoordigen. In plaats daarvan zou een dergelijke vertegenwoordiging vooral het risico meebrengen op fouten.

Het risico op fouten vloeit mede voort uit het feit dat ik in mijn motiveringen en in mijn beantwoording van rechterlijke vragen zelf altijd een integrale benadering volg, dat wil zeggen een benadering waarin ik bij elke uitlating een veld van feitelijke omstandigheden en een analyse daarvan in mijn achterhoofd houd. Het vereist een zeer hooggekwalificeerde en tevens zeer gemotiveerde advocaat om in de rechtszaal een dergelijke benadering te realiseren. Ik zou niet weten hoe ik er in deze casus in zou kunnen slagen op de geplande zittingsdatum te beschikken over een dergelijke advocaat, die dan ook nog betaalbaar zou moeten zijn.

Ik hoop natuurlijk dat uw Afdeling zelf bereid zal zijn om de uitlatingen van de andere procespartijen voldoende kritisch en grondig te toetsen.

### **2.3 Verzoek om respecteren van privacy m.b.t. verhindering**

In aanvulling op hetgeen ik hiervoor in paragraaf 2.1 heb gezegd over privacy met betrekking tot mijn persoonlijke redenen voor verhindering, wil ik uw Afdeling verzoeken om ook in uw uitspraak

of in publieke uitlatingen over deze zaak geen nadere informatie, suggesties of speculaties op te nemen ten aanzien van mijn reden voor verhindering.

Het is mijn ervaring dat in de praktijk veel functionarissen daar niet zorgvuldig mee omgaan, maar bewust of onbewust strooien met suggesties of suggestieve, context-arme informatie. Het zit waarschijnlijk niet in de menselijke natuur om zorgvuldig om te gaan met andermans privacy, maar toch moet deze eis aan professionele functionarissen wel worden gesteld. (Hoewel ik zelf geen professional ben, heb ik me hier ook in getraind, en probeer dat bewust te blijven doen. Privacy is overigens niet hetzelfde als anonimiteit van overheidsfunctionarissen.)

#### **2.4 Mogelijkheid schriftelijk beantwoorden vragen van de kant van uw Afdeling**

Gezien mijn verhindering als gevolg van omstandigheden die buiten mijn macht liggen, wil ik uw Afdeling in overweging geven om eventuele vragen schriftelijk aan mij te stellen en mij gelegenheid te geven tot schriftelijke beantwoording daarvan. Dat zouden zowel vragen kunnen zijn die voortvloeien uit het dossier waarvan u voorafgaand aan de zitting kennis heeft genomen, als vragen die ter zitting zijn gerezen.

### **3 Nieuwe omstandigheden en de implicaties daarvan voor de onderhavige casussen**

Op drie niveaus in Nederland hebben zich sinds mijn hoger beroepen ontwikkelingen voorgedaan die afzonderlijk en in samenhang met elkaar relevant zijn voor de onderhavige drie hoger beroepen:

- het niveau van de formeel "private" vervoermaatschappij Nederlandse Spoorwegen (NS);
- het niveau van de Nederlandse staat (de executieve)
- het niveau van de Nederlandse rechtspraak

Ik zal deze drie ontwikkelingen eerst afzonderlijk bespreken in paragrafen 3.1 t/m 3.3. Vervolgens zal ik in paragraaf 3.4 de implicaties daarvan bespreken voor de omgang van onze zogenoemde "rechtsstaat" met verschillende aan elkaar gelieerde grondrechten: het recht op privacy, het recht op bewegingsvrijheid en het recht op eerbiediging van het gezins- en familieleven. Hieruit zal ik concluderen dat de Nederlandse rechtsstaat voor wat betreft deze rechten dreigt te worden afgeschaft. Ten slotte zal ik in paragraaf 3.5 de keuze bespreken waarvoor uw Afdeling staat als het gaat om het risico van een dergelijke afschaffing van de rechtsstaat.

#### **3.1 Nieuwe omstandigheden in het Nederlandse OV: pilot NS in Noord-Holland**

Begin december 2020 werd bekend dat NS in Noord-Holland een proefproject (een "pilot") gaat uitvoeren waarbij de kaartautomaten en stationsbalies in die regio (bijna) volledig worden verwijderd, waardoor reizigers gedwongen worden hun vervoersbewijzen via internet ("online") aan te schaffen, zodat al hun reizen kunnen worden geregistreerd, en zonder dat zij nog reële controle hebben op wat er met hun geregistreerde persoonsgegevens gebeurt of kan gebeuren.

De vraag is of het hier in de praktijk werkelijk gaat om een "proefproject", of dat het in feite een eerste stap is in de verwijdering van privacy-vriendelijke betaalwijzen in Nederland, die NS helemaal niet van plan is om nog terug te draaien. Vaak worden structurele veranderingen door organisaties (overheden en private organisaties) aanvankelijk gepresenteerd als "proefnemingen" om ongerustheid en weerstand te verminderen en tegen-argumenten te kunnen omzeilen. Het zou immers "slechts een proef" zijn.

In Noord-Holland wordt aan de OV-gebruikers niet de keuze gelaten of zij aan deze "proef" meedoen of niet. Zij worden door NS verplicht om als proefkonijn te dienen of niet meer gebruik te kunnen maken van het openbaar vervoer.

In 2016 kwam voor het eerst aan het licht dat een Nederlands conglomeraat van nationale en decentrale overheden en vervoerbedrijven ernaar streefde om in heel Nederland toe te werken naar uitsluitend nog "ID-based ticketing" - en dus de afschaffing van reizen met behoud van privacy. Hierover heb ik de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) geattendeerd in mijn brief van 24 november 2016, waarin ik verzocht om handhaving op dit punt (zie het onderhavige dossier onder zaaknummer 2019-07478 van uw Afdeling).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Zie ook mijn analyse *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism* van 7 oktober 2019, die deel uitmaakt van dit dossier en tevens gepubliceerd is op [www.privacyfirst.nl](http://www.privacyfirst.nl) (vindbaar met de zoekfunctie en mijn naam).

NS heeft ervoor gekozen om met deze nieuwe "pilot" niet te wachten tot er juridische duidelijkheid is over de toelaatbaarheid van de afschaffing van privacy in het openbaar vervoer. In plaats daarvan is deze "pilot" het zoveelste voorbeeld van de manier waarop de in dit conglomeraat met elkaar verbonden organisaties telkens te werk gaan.

Deze organisaties proberen op aanvankelijk verholde en gebagatelliseerde manieren voldongen feiten te creëren en gewenning van het grote publiek aan die feiten te bewerkstelligen, in de verwachting dat de toezichthouder (de AP) aan deze illegale activiteiten zal meewerken door zo lang mogelijk te weigeren om te handhaven, en in de verwachting dat zogenaamd "onafhankelijke" rechters deze illegale activiteiten vervolgens kritiekloos zullen doorwuiven en ze daarmee achteraf zullen legaliseren.

In de onderhavige casussen hebben de AP en de lagere rechter (de Rechtbank Gelderland) inderdaad op die manier hun medewerking verleend aan het betreffende conglomeraat, en op die manier een stap gezet richting afschaffing van onze rechtsstaat.

De vraag is nu of uw Afdeling de afschaffing van dit deel van onze rechtsstaat zal bekrachtigen, of dat uw Afdeling alsnog een onafhankelijk, gefundeerd oordeel zal geven over de weigering van de AP om in deze casussen handhavend op te treden tegen de afschaffing van de feitelijke privacy van OV-reizigers.

In de paragrafen 3.3 t/m 3.5 zal ik nader ingaan op de verschillende implicaties en consequenties van de komende keuze van uw Afdeling op dit punt.

## 3.2 Maatregel Nederlandse regering: reisbeperkingen voor Nederlanders

### 3.2.1 Feiten: Nederlanders mogen niet terug naar huis zonder negatieve coronatest

Een tweede recente ontwikkeling die relevant is voor de onderhavige casussen, is een verandering in de openlijke houding van de Nederlandse staat ten aanzien van de grondrechten van burgers als het gaat om de eerbiediging van:

- hun lichamelijke integriteit;
- hun privacy;
- hun bewegingsvrijheid;
- hun gezins- en familielevens.

Op 24 december 2020 heeft de Nederlandse staat, als een soort pervers "kerstcadeau", een maatregel afgekondigd die al deze grondrechten schaadt, in de vorm van een weigering van de toegang tot Nederland aan Nederlanders die op dat moment in het buitenland verbleven, tenzij ze een negatief PCR-coronatestresultaat overhandigden aan het vervoerbedrijf (luchtvaart, trein, boot) dat hen terug zou brengen naar hun eigen land.

Ik raakte hiervan op 4 januari 2021 op de hoogte doordat ik werd geattendeerd op een Fins nieuwsbericht waarin werd vermeld dat aan tussen de tien en twintig Nederlanders die in de kerstperiode in Finland waren geweest, op het vliegveld van Helsinki door luchtvaartmaatschappij Finnair de toegang tot het vliegtuig naar Amsterdam was geweigerd. De reden daarvoor was dat deze Nederlanders niet beschikten over het precieze soort negatieve PCR-testresultaten die tijdens hun verblijf in Finland door de Nederlandse staat verplicht waren gesteld voor Nederlanders die terugkeerden uit "hoogrisicolanden".

Weliswaar presenteerden deze Nederlanders negatieve PCR-testresultaten, maar die waren in de Finse taal vermeld. Hoewel de Finse medewerkers van de luchtvaartmaatschappij prima in staat waren deze testresultaten te lezen en te begrijpen, zag Finnair zich toch genoodzaakt om de betreffende reizigers te weigeren, omdat de Nederlandse staat te kennen had gegeven dat zij alleen testresultaten in het Engels, Duits, Frans, Spaans of Nederlands accepteerde.<sup>2</sup>

Tot mijn stomme verbazing bleek dat de Nederlandse overheid alle landen ter wereld had aangemerkt als "hoogrisico-landen" (code oranje of rood op de wereldkaart op de overheidswebsite [www.nederlandwereldwijd.nl](http://www.nederlandwereldwijd.nl)). Ik had de cijfers voor Europa al sinds het begin van de tweede corona-golf gevolgd, en wist dat van alle Europese landen Finland samen met Noorwegen steeds verreweg het laagste aantal corona-besmettingen per hoofd van de bevolking heeft gehad.<sup>3</sup> De Nederlandse overheid had vele maanden de tijd gehad om kennis te nemen van deze cijfers en op grond van die feiten op adequate wijze "hoogrisicolanden" aan te wijzen. Waarom had Nederland verzuimd dat te doen, maar stelde nu wel opeens een onzinnige eis aan Nederlanders die in goed vertrouwen een reis naar het veilige Finland hadden gemaakt?

2 "Toistakymmentä matkustajaa käänytetettiin Finnairin Amsterdamin-lennolta – Hollanti vaatii negatiivista koronatestiä, mutta suomenkielinen asiakirja ei kelpaa" Bron: <https://yle.fi/uutiset/3-11721984> Geraadpleegd: 4 januari 2021.

3 Zie bijvoorbeeld de website van het European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), een agentschap van de EU: <https://www.ecdc.europa.eu/en/cases-2019-ncov-eueea>.

### 3.2.2 Mogelijke redenen voor het bizarre gedrag van de Nederlandse regering

De reden voor de generieke test-resultaateis en de aanwijzing van alle landen tot "hoogrisico-land" leek te zijn dat de Nederlandse regering, in een soort paniecreactie op twee nieuwe, meer besmettelijke corona-virus-varianten (namelijk de voor het eerst in Engeland opgedoken mutatie en de voor het eerst in Zuid-Afrika opgedoken mutatie), op de proppen kwam met een maatregel:

- die krachtdadigheid moest uitstralen naar het grote publiek (een vorm van populisme);
- die het volk een gevoel van relatieve veiligheid moest geven ("nu eindelijk maar eens alle grenzen dichtgooien!"), ook al ging het daarbij grotendeels om schijnveiligheid;
- die de aandacht moest afleiden van de werkelijke, binnenlandse oorzaken van de gevaarlijke en uit de hand lopende situatie die zich in Nederland voordeed. Die binnenlandse oorzaken waren er op zijn minst vier:
  - (1) het zeer slechte, warrige corona-beleid van de Nederlandse regering zelf, die telkens economische en politieke korte-termijn-belangen had laten prevaleren boven lange-termijn-belangen op het gebied van volksgezondheid en economie;
  - (2) de slechte, niet-integere communicatie door de Nederlandse regering, alsmede door pseudo-vertegenwoordigers van "de medische wetenschap" die zich sterk lieten beïnvloeden door politieke wensen van de Nederlandse regering (bijv. Jaap van Dissel namens het RIVM - Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieuhygiëne) - over de corona-crisis en de daarmee verbonden risico's;
  - (3) de onverantwoordelijke houding van grote aantallen Nederlanders vanaf het luwen van de eerste corona-golf (vanaf ca. mei 2020), waarna hele bevolkingsgroepen *in denial* leken te gaan over de ernst van de situatie en weigerden elementaire voorzichtigheid in acht te nemen;
  - (4) het terechte gebrek aan vertrouwen van grote aantallen Nederlanders in de mededelingen van de Nederlandse regering *cum suis*, gezien het gebrek aan transparantie en integriteit dat de regering tijdens de corona-crisis had getoond - als gevolg van dit verspeelde vertrouwen had de regering haar gezag en daarmee haar legitieme beïnvloedingsmogelijkheden inmiddels voor een belangrijk deel verloren;
- die het positieve zelfbeeld van de Nederlandse maatschappij moest versterken, ondanks de relatief slechte feitelijke omgang van de Nederlandse maatschappij (regering en bevolking) met de implicaties van de aanwezigheid van het corona-virus;
- die via het treffen van een populistische, autoritaire, generieke maatregel gericht op "het buitenland" (de spreekwoordelijke "ander" waartegen de "eigen" groep zich kan afzetten) een sociaal klimaat moest scheppen waarin binnenlandse autoritaire, generieke maatregelen a) minder zouden opvallen; en b) door grote, weinig kritisch-nadenkende delen van de bevolking meer geaccepteerd zouden worden, "*want het is nu crisis en er moet wat gedaan worden, we sluiten tenslotte niet voor niets de grenzen*". Met andere woorden: een poging om via het uitsluiten van vermeende "anderen" de macht over de eigen groep (de Nederlandse maatschappij) terug te winnen.
- die aansluit bij een Nederlandse cultuur die schijnbaar heel "vrij" is, om alle "zuilen" (bevolkingsgroepen) tevreden te kunnen stellen, maar die wanneer het moeilijk wordt, na een ontkenningfase snel omslaat in een autoritaire, hypocriete, "gehoorzame", benepen houding van een meerderheid, zoals we bijvoorbeeld ook in het weinig verheffende gedrag van veel Nederlanders tijdens de Tweede Wereldoorlog hebben kunnen waarnemen.



### 3.2.3 Het kan ook heel anders en veel beter dan wat de Nederlandse regering deed en doet

Dat het ook heel anders en veel beter kan, heb ik tijdens de eerste corona-golf zelf kunnen constateren omdat ik toen in Finland verbleef (half maart tot eind mei 2020). Enkele opvallende verschillen tussen de Finse en de Nederlandse omgang met de corona-crisis waren:

- De Finse regering bleek zich al vanaf eind januari / begin februari 2020 grondig te hebben voorbereid op de komst van Covid-19 naar Europa. Dat stelde de Finse regering in staat om medio maart meteen een flink aantal weldoordachte maatregelen treffen. De Nederlandse regering bleef echter zo lang mogelijk de ernst van de risico's ontkennen, met een schuin oog naar "de economie", die zo min mogelijk belemmerd mocht worden.
- De Finse regering communiceerde aanzienlijk transparanter, betrouwbaarder, consequenter en regelmatiger met de bevolking dan de Nederlandse. Vragen van journalisten werden adequaat beantwoord, in plaats van vaag of misleidend beantwoord (zoals in Nederland). Moeilijke dilemma's werden in Finland eerlijk erkend, in plaats van verdoezeld (zoals in Nederland). De Finse regering wees uit eigen beweging op het belang van de rechtsstaat en op de grenzen van de eigen bevoegdheden - niet als excuus voor passiviteit, maar als uitleg voor bepaalde keuzes (bijv. het wel of niet afgrenzen van bepaalde regio's);
- De Finse bevolking had vanaf half maart 2020 (het sluiten van de grenzen van veel Europese landen) over het algemeen terecht een relatief groot vertrouwen in de informatie die de regering naar buiten bracht. Dit vergrootte de beïnvloedingsmogelijkheden van de regering, waardoor de regering het aantal dwingende maatregelen (inbreuken op grondrechten) tot een minimum kon beperken, in termen van aantal, ingrijpendheid en tijdsduur.
- Niet iedereen in de Finse bevolking was tevreden met de maatregelen. Sommigen waren voorstander van een andere benadering (bijv. het isoleren van ouderen zodat de werkende generatie meer vrijheid zou behouden om bepaalde economische activiteiten voort te zetten), maar dit deed nauwelijks iets af aan de bereidheid van Finnen om de door de regering aanbevolen maatregelen in de praktijk daadwerkelijk op te volgen. Het besef dat een verantwoorde omgang met de corona-crisis een gemeenschappelijke opgave was voor de regering en het volk, leefde sterk in de samenleving, en bleef ook in stand dankzij het betrouwbare gedrag van de regering.

In Nederland daarentegen raakten zowel de regering als het RIVM al bijna aan het begin van de crisis veel van hun gezag kwijt. RIVM februari 2020: "Het is onwaarschijnlijk dat het virus naar Nederland komt"; februari/maart 2020: "U kunt best op vakantie gaan naar Italië"; maart-mei 2020: "De reden waarom wij mondkapjes in het OV niet verplicht stellen, is omdat deze weinig effectief zijn" (de echte reden was een tekort aan mondkapjes); juni-december 2020: "er is, dankzij goede ventilatie, nauwelijks besmettingsgevaar als u in een volgepakt vliegtuig zit, als u maar een mondkapje draagt" (de echte reden was dat de financiën van luchtvaartmaatschappijen gesteund moesten worden).

Ik ben zeker niet idolaat van Finland en geef er de voorkeur aan in Nederland te wonen. Ik zou de bijna "mediterrane" levendigheid en gezelligheid van veel plekken in Nederland niet willen missen. Maar als het gaat om de corona-crisis, hebben zowel de Finse regering als de Finse bevolking het tot dusverre vele malen beter gedaan dan de Nederlandse regering en bevolking - waarbij ik me realiseer dat de Nederlandse bevolking een grotere mate van diversiteit kent dan de Finse. Maar ook in een divers land kan een regering verstandig beleid voeren en uitdragen.

Tot dusverre is het Finse regeringsbeleid niet alleen transparanter, meer integer en véél beter voor de volksgezondheid geweest, maar heeft ook tot minder schade geleid voor een aantal kwetsbare branches in het bedrijfsleven, zoals de horeca en winkels die geen eerste levensbehoeften verkopen: die zijn minder lang gesloten geweest. De eerste (en tot nu toe enige) lockdown in Finland was veel intelligenter dan de door de Nederlandse regering zelfverklaarde "intelligente lockdown", die inmiddels is gevolgd door een tweede, aanzienlijk minder pormantige lockdown.

Het gekke is ook dat de situatie in het "losse, vrijbuitige" Nederland nu, een klein jaar na het begin van de crisis, in veel opzichten gespannener en minder vrij lijkt te zijn dan in het "stijve, gehoorzame" Finland. Dat is in zeer belangrijke mate te wijten aan het beleid dat de Nederlandse regering vanaf het begin van de crisis (niet) heeft gevoerd.

### **3.2.4 Gevolgen van slecht regeringsbeleid rechtvaardigen niet de schending van grondrechten**

Het ontbreken van deugdelijk regeringsbeleid in Nederland, en de gevolgen daarvan, vormen geen morele of juridische rechtvaardiging voor de aantasting van grondrechten van Nederlanders.

Dat zou in een rechtsstaat een vanzelfsprekendheid moeten zijn. Maar het lijkt of niet alleen de Nederlandse regering, maar ook sommige rechters dat (al dan niet onder druk van diezelfde regering) liever "vergeten". Zie verder paragrafen 3.2.5 en 3.2.7 (over het handelen van de Nederlandse regering m.b.t. de verplicht gestelde PCR-test) alsmede paragraaf 3.3.2 (over de uitspraken van de kort-geding-rechter in de casus van de verplicht gestelde PCR-test).

### **3.2.5 Schending van mensenrechten door de Nederlandse staat**

Met het verplicht stellen van een document met daarin een negatief PCR-testresultaat voordat Nederlanders terug mogen keren in hun eigen land, doet de Nederlandse staat een inbreuk op ten minste vier grondrechten van Nederlandse burgers, namelijk hun grondrechten op eerbiediging van:

- hun lichamelijke integriteit;
- hun privacy;
- hun bewegingsvrijheid;
- hun gezins- en familielevens.

De vraag of de Nederlandse staat daarmee niet alleen een inbreuk pleegt, maar deze grondrechten ook op onrechtmatige wijze "schendt", hangt af van het antwoord op de vraag of de betreffende inbreuken gerechtvaardigd zijn (in juridische zin).

Ik zal hier eerst de inbreuken bespreken, en vervolgens de vraag of die worden gerechtvaardigd.

**Lichamelijke integriteit.** Er wordt een inbreuk gepleegd op de lichamelijke integriteit van Nederlanders die naar hun eigen land willen terugkeren, omdat de Nederlandse staat van hen eist dat zij hun eigen lichaamsstoffen afstaan ten behoeve van laboratorium-onderzoek.

**Privacy.** Er wordt een inbreuk gepleegd op de privacy van deze Nederlanders, ten eerste omdat de Nederlandse staat (de verwerkingsverantwoordelijke op grond van artikel 4 AVG) hen niet informeert over wat er met de door hen afgestane persoonsgegevens, te weten hun lichaamsstoffen en hun identificerende gegevens wordt gedaan. Dat kan de Nederlandse staat ook niet doen, want de Nederlandse staat heeft zichzelf niet op de hoogte gesteld hoe het er op al die duizenden testlocaties in de wereld aan toegaat. De Nederlandse staat stelt alleen een eis, zonder enige verantwoordelijkheid te nemen voor de consequenties die die eis voor Nederlandse burgers (tevens EU-burgers, tevens mensen met mensenrechten) met zich meebrengt. Als verwerkingsverantwoordelijke voldoet de Nederlandse staat op die manier niet aan haar plicht op grond van de AVG om de betrokkenen (de data-subjecten) te informeren over wat er feitelijk met hun persoonsgegevens wordt gedaan. Nederlanders die zich genooddaakt zien om zich te laten testen, omdat ze anders geweerd worden uit hun eigen land, waarvan zij afhankelijk zijn voor hun werk, levensonderhoud, gezinsleven etc., kunnen daardoor geen geïnformeerde toestemming geven voor de verwerking van die persoonsgegevens.

Afhankelijk van wat er op de testlocaties gebeurt, is er mogelijk ook sprake van verdere inbreuken op de privacy, afhankelijk van wat de medewerkers en de leiding van de testlocaties met de persoonsgegevens (laten) doen. Worden ze geregistreerd in een data-bestand ter plaatse? Hoe lang? Hoe is dat data-bestand beveiligd? Wie heeft er legaal toegang toe? Etc.

**Bewegingsvrijheid.** Het is een grondrecht van burgers van democratische rechtsstaten (waar Nederland zich graag toe rekent) dat zij niet zonder goede reden in hun bewegingsvrijheid mogen worden belemmerd - niet binnen hun land, niet bij het verlaten van hun land, en niet bij het terugkeren naar hun land.

Lang geleden, namelijk in 1215 CE, is dat recht in Europa voor het eerst in duidelijk herkenbare vorm vastgelegd in de Magna Carta:

XXIX. NO Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right.<sup>4</sup>

Nadien is het in verschillende vormen in allerlei (grond)wetten en mensenrechtenverdragen opgenomen. Het is bijvoorbeeld ook vervat in het recht op bijeenkomst (vergadering), en het stemrecht. Immers, als ik me niet naar een stembokje of een brievenbus mag bewegen, wordt mij mijn stemrecht onthouden. Het gaat bij het recht op bewegingsvrijheid dus om een zeer fundamenteel recht.

Al tijdens de eerste corona-golf, toen de Finse grenzen werden gesloten, bevestigde de Finse regering expliciet dat aan Finse burgers niet het recht ontzegd kon worden om het land te verlaten of om naar het land terug te keren. De Finse regering beperkte zich tot een aanbeveling om bepaalde reizen niet te maken. En het vervallen van allerlei lijndiensten (luchtvaart, scheepvaart, spoor, bus) maakte bepaalde reizen ook fysiek onmogelijk.

---

<sup>4</sup> Bron: [https://en.wikipedia.org/wiki/Magna\\_Carta](https://en.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta). Geraadpleegd: 4 January 2021.

De veerdienst Finnlines (Duitsland-Finland) volgde "vrijwillig" een "aanbeveling" van de Finse regering om alleen nog professioneel vrachttransport te faciliteren. Niet-zakelijke passagiers werden niet meer op de schepen toegelaten. Dit was natuurlijk een vorm van misbruik van het formeel privaatrechtelijke karakter van de veerdienst, terwijl het feitelijk om een vorm van openbaar vervoer ging. Maar iedereen wist dat het kansloos zou zijn om dergelijk misbruik van het privaatrecht op dat moment juridisch aan te vechten.

De Nederlandse regering volgde tot 24 december 2020 een vergelijkbare lijn. Nederlanders die zich aan het begin van de corona-crisis in buitenlandse "hoogrisicogebieden" bevonden, werden opgeroepen om zo snel mogelijk terug te keren naar Nederland, als het fysiek mogelijk was. Er werd aan hen niet de voorwaarde gesteld dat zij een negatief testresultaat konden tonen. Er waren op dat moment nog geen testen voorhanden. Er waren wel fysieke belemmeringen, maar geen ministeriële of wettelijke belemmeringen om naar het eigen land terug te keren.

**Gezins- en familieleven.** Als een Nederlander in het buitenland verblijft terwijl zijn gezin of familie in Nederland verblijft, of als een Nederlander in Nederland verblijft terwijl zijn gezin of familie in een ander land verblijft, dan komt de eerbiediging van diens gezins- en familieleven in het geding zodra er tussen de betreffende landen door autoriteiten van één of beide landen reisbeperkingen (d.w.z. inreis- of uitreisbeperkingen) worden opgelegd.

Immers, een fundamentele voorwaarde voor de eerbiediging van het gezins- en/of familieleven van iemand is dat het aan diegene wordt toegestaan om zich naar zijn of haar gezins- of familieleden te begeven, om met hen op dezelfde plek te kunnen verblijven.

Zelfs aan immigranten (bijvoorbeeld vluchtelingen) die afkomstig waren uit een gebied dat niet tot de Europese rechtsgemeenschap behoorde, werd het door democratische rechtsstaten in de Europese Unie tot 2015 in beginsel om humanitaire redenen toegestaan om zich in hun nieuwe woonland te herenigen met hun gezin (d.w.z. hun gezin te laten overkomen), mits de immigratie legaal was verlopen of was gelegaliseerd. Vanaf de vluchtelingencrisis in 2015 hebben Europese landen in de praktijk dat mensenrecht ook in het geval van legale immigranten vergaand uitgehold en in veel gevallen *de facto* afgeschaft.

Dat dit grondrecht anno 2020 door een Nederlandse regering met voeten zou worden getreden in het geval van gezinnen of families van EU-burgers die zich in twee verschillende EU-lidstaten bevinden, binnen het Schengen-gebied, had ik vóór 2015 niet voor mogelijk gehouden, of althans zeer onwaarschijnlijk. Het leek voor 2015, en ook in 2019, volstrekt niet aan de orde te zijn.

**Vraagstuk van rechtvaardiging van inbreuk op deze grondrechten.** De vraag of een inbreuk op één of meer van de hiervoor genoemde vier grondrechten gerechtvaardigd is, kan alleen worden beantwoord aan de hand van de rechtvaardigingsgronden die de Nederlandse regering aanvoert. De Nederlandse regering heeft als rechtvaardigingsgrond de "bescherming van de volksgezondheid" aangevoerd. Daarbij heeft de Nederlandse regering aangegeven dat het risico voor de volksgezondheid wordt veroorzaakt doordat mensen een gemuteerde, extra-besmettelijke variant van het corona-virus naar Nederland zouden kunnen meebrengen vanuit een "hoogrisicoland". De regering dacht daarbij aan de "Engelse mutatie" en de "Zuid-Afrikaanse mutatie" (december 2020).

Als het gaat om de beantwoording van de vraag of er een rechtvaardiging is voor de inbreuk op

deze grondrechten, is de casus van Finland opnieuw verhelderend, op drie punten:

- (1) de onredelijke omgang van de Nederlandse regering met het concept "hoogrisicoland";
- (2) de onredelijke omgang van de Nederlandse regering met het concept "lichamelijke integriteit";
- (3) de onredelijke omgang van de Nederlandse regering met het concept "gezins- en familieleven".

**Ad (1) "Hoogrisicoland"**. Zodra ik op 4 januari 2021 op de hoogte raakte van de op 24 december 2020 afgekondigde maatregel van de Nederlandse regering, ging ik op zoek naar informatie. Als de maatregel bedoeld was ter vermindering van risico's die waren ontstaan in "hoogrisicolanden", dan moest ik er natuurlijk eerst zien achter te komen wat er met die term werd bedoeld. Na enig zoeken op internet bleek dat Nederlandse overheidsorganisaties verwezen naar twee websites waar een lijst van "hoogrisicolanden" te vinden moest zijn.

Eén die websites was bedoeld voor "professionals". Daar kreeg je de lijst van "hoogrisicolanden" niet te zien tenzij je een account aanmaakte waarbij je allerlei (persoons)gegevens moest invullen. Dat viel dus niet te beschouwen als een openbare lijst.

De andere website was "www.nederlandwereldwijd.nl" van de Nederlandse "rijksoverheid". Op deze site trof ik uitleg en een kaart. De uitleg vermeldde dat de overheid alle landen in de wereld een kleurcode had gegeven "groen", "geel", "oranje" of "rood". Landen die kleurcode "oranje" of "rood" hadden gekregen, waren aangemerkt als "hoogrisicoland". Ik bekeek de bijbehorende wereldkaart, en zag dat de Nederlandse overheid aan ALLE LANDEN TER WERELD een oranje of rode kleurcode had gegeven. Er waren geen groene of gele landen.

Ook Finland was dus aangemerkt als "hoogrisicoland". Dat vond ik heel vreemd, want via de site van het ECDC wist ik al sinds november dat Finland samen met Noorwegen al heel lang het laagste besmettingscijfer in heel Europa had: ongeveer vijftien keer zo weinig besmettingen per hoofd van de bevolking als in Nederland, en buiten de stadsregio Helsinki was het zelfs ongeveer honderd keer zo weinig besmettingen per hoofd van de bevolking. Hoezo "hoog risico"? Een korte blik op een Finse website leverde bovendien de informatie op dat er in heel Finland op dat moment slechts 17 (zeventien) gevallen van het gemuteerde virus waren geconstateerd, op twee plekken in het land (Helsinki en Kymenlaakso). Die gevallen waren allemaal te herleiden tot mensen die recent waren teruggekeerd uit Engeland, en waren inmiddels geïsoleerd. De situatie in Finland was dus enorm veel beter en veiliger dan in Nederland, waar men niet eens wist hoeveel mensen er besmet waren met een gemuteerde virus-variant.

Het was voor zowel mij als mensen die ik ontmoette, veel gevaarlijker als ik met de trein van Utrecht naar Arnhem zou reizen, of twintig minuten in een Nederlandse supermarkt boodschappen zou doen, dan als ik met het vliegtuig van Finland naar Nederland zou vliegen. De term "hoogrisicogebied", zoals gebruikt door de Nederlandse regering, was dus niet meer dan een soort synoniem voor de term "buitenland".

De Nederlandse regering baseerde haar claim dat ze met de maatregel de Nederlandse volksgezondheid beschermde, dus eigenlijk alleen op het volkomen subjectieve idee dat "het buitenland" op de één of andere manier "gevaarlijker" was dan Nederland, hetgeen bovendien in strijd was met de corona-cijfers over Finland (of Noorwegen, Nieuw-Zeeland, Taiwan, Tanzania...). Dat was niet redelijk. Daarmee kon een inbreuk op een grondrecht niet worden gerechtvaardigd.

Een mogelijk alternatief argument (dat de Nederlandse regering voor zover ik wist niet naar voren had gebracht, maar dat wel bij me opkwam), was dat het te bestrijden risico voortkwam uit de vliegreis zelf, waarbij tientallen mensen (niet honderden, zoals voorafgaand aan de crisis) bij elkaar in hetzelfde vliegtuig zaten. Maar een dergelijke argumentatie zou eveneens falen, om meerdere redenen. Ten eerste was het risico dat er in het vliegtuig onbewust besmette passagiers terecht zouden komen, min of meer evenredig aan het besmettingsrisico in het land vanwaar het vliegtuig vertrok. In het geval van Finland was dat risico dus relatief klein - veel kleiner dan het risico dat er tussen enkele tientallen mensen in een Nederlandse treincoupé een besmet iemand zat.

Ten tweede hadden de Nederlandse autoriteiten in de periode juni-november 2020 bij hoog en bij laag beweerd dat het veilig was om in een volgepakt vliegtuig te vliegen, zolang je maar een mondkapje droeg (behalve wanneer je een versnapering nuttigde). Maar nu, met een drie keer zo besmettelijke variant, zou een vliegtuig waarin mensen een lege stoel tussen zich in hadden opeens een groot risico vormen? Dan was ons een maand geleden niet de waarheid verteld...

Ten derde geeft een maximaal 72 en minimaal nul uur voorafgaand aan de vliegreis gedane PCR-test geen uitsluitsel of een passagier besmet is of niet. Als het risico dus werkelijk zou voortkomen uit het samenzijn tijdens de vliegreis, dan was zo'n testplicht geen adequaat middel om dat risico te verminderen. Ruime afstand tussen de zitplaatsen van passagiers zou dan veel meer bescherming bieden. Waarom werd er door de Nederlandse regering dan geen plicht opgelegd aan luchtvaartmaatschappijen om zitplaatsen leeg te houden? Omdat het financiële welzijn van luchtvaartmaatschappijen belangrijker was? Dat zou betekenen dat de Nederlandse regering niet onze grondrechten aantastte om de volksgezondheid te beschermen, maar om luchtvaartmaatschappijen op een goedkope en gezondheidsriskante manier te beschermen. Dat zou niet redelijk zijn en ook geen rechtvaardiging vormen voor een inbreuk op genoemde grondrechten.

**Ad (2) Lichamelijke integriteit.** Waar het ging om lichamelijke integriteit, probeerde de Nederlandse regering de inbreuk te rechtvaardigen door te stellen dat het slechts om "een beperkte ingreep" ging die bij het testen plaatsvond.

Als het om (lichamelijke of andere) integriteit gaat, vormt de "beperkte" van de aantasting echter geen excuus, laat staan een juridische rechtvaardiging voor het moedwillig plegen van zo'n aantasting. Meer dan twintig jaar geleden deed de toenmalige minister Dales de beroemde uitspraak: "Een beetje integriteit bestaat niet". Als het om het grondrecht lichamelijke integriteit gaat, geldt ook dat "een beetje verkrachting", "een beetje fysieke intimidatie" of "een beetje fysiek geweld" niet bestaan. De fysieke grens tussen het menselijk lichaam en zijn omgeving is één van de meest objectief definieerbare grenzen in het recht, en van fundamentele betekenis in een rechtsstaat die gebaseerd is op mensenrechten (burgerrechten, grondrechten).

Ook is de fysieke integriteit van het menselijk lichaam nauw verbonden met onze geestelijke integriteit. Fysieke prikkels hebben een groot effect op hoe men zijn eigen individualiteit ervaart.

Dat de Nederlandse regering deze fundamentele grens probeerde te bagatelliseren en daarmee opzij te schuiven, laat wel zien hoe weinig respect onze regering heeft, niet alleen voor de integriteit van mensen, maar ook voor de rechtsstaat die zij zegt te dienen.

**Ad (3) Gezins- en familielevens.** De Nederlandse regering heeft geprobeerd om de aantasting van de lichamelijke integriteit van mensen makkelijker verteerbaar te maken door ook nog eens het belang van het gezins- en familielevens te bagatelliseren en een sfeer te creëren dat Nederlanders die tijdens de kerst een bezoek willen brengen aan familie in het buitenland, eigenlijk egoïstisch en onverantwoordelijk bezig zijn, en daarom niet moeten zeuren over een verplichte PCR-test als ze naar huis willen terugkeren.

In dit verband heeft de Nederlandse regering generaliserend beweerd dat "reizen omwille van familiebezoek geen noodzakelijke reizen zijn". Dat is een grove miskennis van het belang van sommige familiebezoeken. Na de lichamelijke en geestelijke integriteit van individuele mensen is de integriteit van hun gezins- en familielevens de meest fundamentele waarborg voor hun humaniteit.

Ik heb een kind in Finland, voor wie ik een deel van de ouderlijke zorg draag. Om die reden verblijf ik met enige regelmaat in Finland. Dat is noodzakelijk voor het behoud van mijn gezins- en familielevens. Het is geen "vakantie" of "frivool pleziertje", maar een wezenlijk onderdeel van mijn leven en vooral ook van het leven van mijn kind. In feite heb ik de afgelopen zes jaar geen vakantie genomen, omdat ik al mijn beschikbare "vakantiedagen" besteed aan het vervullen van mijn ouderlijke taken. Er zijn ongetwijfeld nog veel meer niet-standaard-gezinnen die verspreid zijn over meerdere landen binnen of buiten Europa.

Als er in zo'n land feitelijk een ernstig besmettingsrisico ontstaat (zoals recent in Engeland vanwege de virusmutatie), dan is het terecht dat de Nederlandse regering een afweging maakt wat er nodig is om de volksgezondheid in Nederland te beschermen. Maar dat is iets heel anders dan:

- a) het ontkennen of bagatelliseren van andere te beschermen grondrechten en belangen dan dat van de volksgezondheid;
- b) het negeren van bekende feiten met betrekking tot het bestaan, de omvang of het ontbreken van besmettingsgevaar in specifieke landen.

Het is in dit verband opvallend hoe laconiek de Nederlandse regering omgaat met "risico's" voor asielzoekers die worden uitgezet naar verre landen. Nederlandse ambassades ondersteunen de regering dan met vage verklaringen dat er "geen aanleiding is om ernstige risico's voor de gezondheid/veiligheid van [de uitgeprocedeerde asielzoeker] te veronderstellen". Maar als het gaat om de terugkeer van Nederlanders naar hun eigen land uit een land waar vele malen minder besmettingsrisico is dan in Nederland, dan worden die risico's door de Nederlandse regering opeens zo ernstig ingeschat dat hun grondrechten mogen worden aangetast.

De verklaring voor deze vreemde discrepantie is dat de Nederlandse regering niet primair bezig is met het inschatten en beperken van gezondheidsrisico's, maar met inschatten van risico's ten aanzien de eigen reputatie bij de Nederlandse bevolking, en met het beperken van die reputatierisico's. Het negeren van feiten wordt daarbij ingezet als middel voor dat reputatiedoel.

Deze handelwijze:

- a) is niet integer;
- b) vormt geen rechtvaardiging voor een inbreuk op een grondrecht.

### **Context: bewegingsbeperking in VS, China, Frankrijk, Denemarken, Nieuw-Zeeland**

De Nederlandse regeringsmaatregel d.d. 24 december 2020 vindt niet alleen plaats tijdens en als gevolg van de wereldwijde corona-crisis, maar ook in de context van maatregelen die andere landen in de wereld treffen. Het is voor mij onmogelijk om in deze aanvullende motivering een grondige beschrijving te geven van hoe de ruim 200 nationale staten in de wereld tijdens deze crisis omgaan met de privacy en bewegingsvrijheid van hun burgers. Maar ik kan wel heel kort enkele voorbeelden bespreken die een spectrum aan mogelijke benaderingen vertegenwoordigen, elk met andere implicaties voor de bescherming van grondrechten en het behoud van onze rechtsstaat. Eerder heb ik al het één en ander gezegd over Finland. Hier zal ik summier enkele ontwikkelingen bespreken die in vijf andere landen hebben plaatsgevonden: de VS, China, Frankrijk, Denemarken en Nieuw-Zeeland.

#### **VS**

In de Verenigde Staten werd de omgang met Covid-19 op nationaal (d.w.z. federaal) niveau in 2020, onder het presidentschap van Donald Trump, in hoofdzaak gekenmerkt door twee houdingen: (1) een ontkenning van de ernst van de epidemie; (2) een nadruk op ("respect" voor) (het recht op) individuele vrijheid van burgers, en op hun individuele verantwoordelijkheid voor hun eigen bescherming, maar zonder aandacht voor de individuele, morele verantwoordelijkheid van burgers voor elkaars gezondheid en voor het welzijn van de gemeenschap.

Het resultaat was dramatisch. Inmiddels zijn er in de VS meer dan 300.000 mensen overleden aan Covid-19 en is de sociaal-economische ongelijkheid en de armoede onder kwetsbare bevolkingsgroepen nog aanzienlijk verder toegenomen. De VS kan dienen als afschrikwekkend voorbeeld waar het niet-ingrijpen van de overheid toe leidt in geval van een epidemie zoals Covid-19.

#### **China**

In China, waar Covid-19 het eerst verscheen, vermoedelijk als gevolg van een mutatie van een door dieren gedragen corona-virus, volgde eerst een relatief korte periode van ontkenning (december 2019-januari 2020), waardoor het virus gelegenheid kreeg zich ongemerkt ook naar andere landen te verspreiden. Daarna greep de Chinese centrale overheid op krachtige en tegelijk zeer autoritaire wijze in, waarbij de bewegingsvrijheid van Chinese onderdanen zeer ingrijpend werd beperkt, evenals hun privacy - die in China daarvoor al niet werd gerespecteerd (systematische diepe privacy-schending via onder andere het Sociaal Kredietstelsel). Tegelijk nam de Chinese overheid ook krachtige maatregelen om de zorgvoorzieningen snel uit te breiden, zodat Covid-19-patiënten konden worden opgevangen.

Het drastische ingrijpen begin 2020 lijkt succesvol te zijn geweest bij het onder controle krijgen van de epidemie en het beschermen van de volksgezondheid. Over wat er daarna is gebeurd, is veel onzekerheid, omdat vanwege het autoritaire, mensenrechten schendende bestuursstelsel in China veel Chinese onderdanen terughoudend zijn bij het melden van feiten en ervaringen, uit angst voor negatieve consequenties in de vorm van maatregelen en straffen van hogerhand. Vanaf het najaar van 2020 werden er door Chinese autoriteiten en media pogingen gedaan om de geschiedenis van de oorsprong van Covid-19 te herschrijven, hetgeen in de weg zou kunnen staan aan het trekken van lessen. Begin 2021 heeft de Chinese overheid alsnog ingestemd met het verlenen van medewerking aan een internationaal wetenschappelijk onderzoek naar de oorzaak/oorsprong van Covid-19.



## Frankrijk

In Frankrijk heeft de centrale overheid de bewegingsvrijheid van burgers tijdens de eerste en tweede coronagolf (voorjaar en najaar 2020) sterk beperkt. Het was burgers bijvoorbeeld in sommige perioden verboden om per auto hun eigen levenspartner te bezoeken als die op honderd kilometer afstand woonde, of om zich buiten het eigen huis te begeven zonder een formulier ter bewijs dat het doel van de verplaatsing een door de staat op dat moment geaccepteerd doel was. Mede als gevolg van deze autoritaire benadering ontstond er in Frankrijk ook verzet tegen de maatregelen. Dat verzet werd met behulp van het machtsapparaat van de staat waar mogelijk krachtig onderdrukt. Hoe effectief dat was op het platteland of in de *banlieus*, weet ik niet.

De periodieke, voor een democratische rechtsstaat zeer autoritaire, bewegingsvrijheid-beperkende maatregelen hebben Frankrijk niet kunnen behoeden voor een relatief groot aantal corona-besmettingen en -doden, vergeleken met sommige andere landen in Europa (bijv. Duitsland, Denemarken, Noorwegen, Finland).

## Denemarken

Denemarken was tijdens de eerste corona-golf (voorjaar 2020) relatief succesvol met het beperken van het aantal corona-besmettingen, vergelijkbaar met het relatieve succes van Duitsland destijds. In Denemarken lag tijdens die eerste golf, net als in Noorwegen en Finland, relatief veel nadruk op het sluiten van de grenzen voor buitenlanders, vergeleken met landen als Nederland en Duitsland. Denemarken voerde razendsnel een tijdelijke wet in, de *epidemilov*, die de regering vergaande bevoegdheden gaf. Zo werd gepoogd om binnen Denemarken een soort "nationale veilige bubble" te creëren. Dit was mede een gevolg van de jarenlange invloed van de rechtse nationalistische Folkepartiet op het publieke en politieke discours in Denemarken, dat vooral vanaf 2015 (Europese vluchtelingen-crisis) gezorgd heeft voor het aanwijzen van buitenlanders en immigranten als vermeende oorzaak van problemen en risico's in Denemarken, en voor het treffen van bepaalde onrechtsstatelijke maatregelen (bijv. extra vrijheidsbeperkingen in sommige woonwijken).

In oktober 2020 diende de Deense regering onder de socialistische premier Mette Frederiksen een wetsvoorstel in voor een nieuwe, permanente *epidemilov* die aan het Ministerie van Volksgezondheid (Sundhedsministerien) de bevoegdheid zou geven om onder andere naar eigen believen de bewegingsvrijheid van willekeurige burgers tot hun eigen huis te beperken, als ze in de ogen van het ministerie potentieel een risico voor "de volksgezondheid" zouden kunnen vormen in verband met niet nader omschreven "samenlevingskritische ziektes". Ook zou dat ministerie de bevoegdheid krijgen om mensen onder dwang te (laten) vaccineren, hetgeen een ondermijning van de rechtsstaat zou inhouden (iedere criticus of activist zou kunnen worden aangemerkt als "een potentieel risico voor de volksgezondheid"). Er was niet voorzien in enige mogelijkheid om een dergelijke beperking van individuele bewegingsvrijheid door een onafhankelijke rechter te laten toetsen.<sup>5</sup> Na protest op straat, door artsen en door vooraanstaande Denen die in dergelijke wetgeving een stap naar dictatoriale bevoegdheden voor de overheid herkenden, werd het duidelijk dat er in het Deense parlement (Storting) geen meerderheid zou zijn voor het voorstel.

In december 2020 werd er een gewijzigde versie van het wetsvoorstel aangenomen, waaruit o.a. de bevoegdheid tot gedwongen vaccinatie was geschrapt. Maar dat de regering van een democratisch land überhaupt dergelijke voorstellen doet, is een teken aan de wand.

---

5 Zie bijv: <http://aarsskriftet-critique.dk/2020/10/ny-epidemilov-uindskraenket-magt-til-sundhedsministeren/> en <https://www.information.dk/debat/2020/11/ny-epidemilov-trussel-vores-demokrati>

## **Nieuw-Zeeland**

Nieuw-Zeeland heeft onder leiding van premier Jacinda Ardern eerst met snelle, krachtige, tijdelijke noodmaatregelen de eigen bevolking virus-vrij gemaakt. Vervolgens is er gebruik gemaakt van de geïsoleerde ligging van het land om reizigers van buiten aan strenge testen te onderwerpen als voorwaarde voor toegang tot het land. Binnen Nieuw-Zeeland kunnen burgers zich nu weer zeer vrij bewegen.

Er wordt aan Nieuw-Zeelandse burgers na terugkeer uit het buitenland wel een strenge quarantaine-verplichting opgelegd, inclusief de inzet van militair personeel en/of politie om te handhaven (vanwege een incident van twee vrouwen die toestemming hadden gekregen om de quarantaine vervroegd te verlaten, zonder test). Bovendien werd de inreis van terugkerende burgers tijdens de eerste corona-golf (voorjaar 2020 - althans op het noordelijk halfrond) beperkt om te zorgen dat de quarantaine-faciliteiten niet overbelast zouden raken.

Maar voor zover ik weet (ik heb nu geen tijd om dat na te gaan) worden terugkerende staatsburgers niet door de Nieuw-Zeelandse overheid verplicht tot het doen van een test die de lichamelijke integriteit zou aantasten.

### 3.2.6 Berusting of actie? Kennismaking met Stichting Viruswaarheid

#### *Consequenties van de maatregel voor mij als Nederlandse burger*

Het nieuws over de Nederlandse regeringsmaatregel waarvan ik op 4 januari 2021 op de hoogte raakte, schokte me, omdat het me hiermee duidelijk werd dat de Nederlandse regering afscheid had genomen van de eerbiediging van wezenlijke grondrechten en daarmee van de rechtsstaat. *(Ja, voor sommige mensen is dat schokkend... Daarvoor heeft u als bestuursrechters ongetwijfeld begrip.)*

Ook de bescherming die mijn kind en ik tot dan toe aan deze grondrechten en aan de rechtsstaat hadden ontleend voor de instandhouding van ons gezins- en familieleven, kwam hiermee in het geding, op twee manieren:

- a) Zou de Nederlandse regering mij in de toekomst nog toestaan om met behoud van mijn lichamelijke integriteit naar Finland te reizen? Het is slechts een kleine stap om over te gaan van een inreisverbod dat in opdracht van de Nederlandse regering door vervoermaatschappijen wordt afgedwongen, naar een volledig vervoersverbod, ook als het om een uitreis (naar Finland) gaat - ook als Finland zelf niet een negatief testresultaat verplicht zou stellen, maar mij zou blijven toestaan om na aankomst in Finland zelf in quarantaine te gaan (zoals ik in 2020 consequent had gedaan).
- b) Zou de Nederlandse regering mij in de toekomst alsnog weer gaan toestaan om vanuit een veilig land als Finland terug te reizen naar mijn eigen land met behoud van mijn lichamelijke integriteit? Zo niet, dan zou ik moeten kiezen tussen drie kwaden: (1) verlies van mijn lichamelijke integriteit; (2) verlies van mijn gezins- en familieleven met mijn kind; (3) feitelijke verbanning uit Nederland.

Ik stelde enkele vrienden en familieleden op de hoogte. Van hen kreeg ik vier soorten reacties:

(1) Zij gaven geen mening over de regeringsmaatregel, en ik zette hen niet onder druk om zo'n mening te geven. Zo vermeed ik het risico op onaangename spanning in de persoonlijke verhouding. Bij één van hen, die heel vaag en lauw reageerde, vroeg ik: "Is er iets?" en kreeg als antwoord: "Nee hoor, ik ben alleen een beetje moe op het ogenblik." Ik toonde begrip en sprak de hoop uit dat de betreffende persoon zich dankzij voldoende rust snel weer uitgerust zou voelen.

(2) De tweede soort reactie was in de kern pragmatisch, samengevat: "What's the big deal? Zo'n testje stelt toch weinig voor. Oké, het is formeel gezien een aantasting van je lichamelijke integriteit. En oké, het is ook niet duidelijk hoe dat geregistreerd wordt en wat er dan met je persoonsgegevens gebeurt. Maar ja, de regering wil het nou eenmaal, dus je kan maar beter doen wat ze willen, dan krijg je geen moeilijkheden."

Als ik dan aangaf dat het doorbreken van de grens van lichamelijke integriteit een eerste, cruciale stap is op weg naar het doorbreken van nog meer grenzen (vaccinatieplicht? bloeddonatieplicht? orgaandonatieplicht?), kreeg ik als antwoord dat het "wel niet zo'n vaart zal lopen". Als ik dan zei dat een oppervlakkige bestudering van de geschiedenis al voldoende was om te onderkennen dat het in veel gevallen wèl zo'n vaart loopt, kreeg ik daarop geen antwoord meer behalve "hm".

(3) De derde soort reactie was een terugtrekkende, samengevat: "Ik volg het corona-nieuws al een hele tijd niet meer, om mezelf te beschermen. De redelijkheid is in Nederland ver te zoeken, alles is gepolariseerd, er is geen bereidheid meer om naar andere meningen te luisteren en als ik me te veel aan die sfeer blootstel, word ik ongelukkig en depressief. Dus ik kies ervoor om voor mezelf en mijn gezin te zorgen. Ik zie wel wat er in de toekomst uitkomt, als deze crisis ooit voorbij is."

(4) De vierde soort reactie was in de kern autoritair, en valt als volgt samen te vatten: "Ik ben het wel eens met deze regeringsmaatregel, want het liep de spuigaten uit en daarom is het goed dat de regering eindelijk echt eens wat doet. Al die mensen die in corona-tijd per se op vakantie wilden naar verre landen, daar moest gewoon een eind aan worden gemaakt, dus goed dat de grenzen nu worden dichtgegooid."

Als ik er dan op wees dat ik niet voor vakantie naar Finland ga, en dat Finland door de Nederlandse regering ten onrechte is aangemerkt als "hoogrisicoland", dan was de reactie: "Bij dit soort maatregelen vallen er altijd wat mensen tussen wal en schip, in niet-standaard-situaties. Dat hoort erbij."

In één geval wierp ik tegen: "Maar het was voor de Nederlandse regering toch heel eenvoudig geweest om al maanden geleden, bijvoorbeeld op basis van de cijfers van het ECDC die gewoon op een website staan, te gaan bijhouden welke landen nu feitelijk hoogrisicolanden zijn en welke niet? En al helemaal als het gaat om EU-landen in het Schengen-gebied waar het vrije verkeer van personen en goederen zonder grenscontroles moet plaatsvinden"

De reactie daarop was: "Dat is te moeilijk voor de overheid."

Ik vroeg: "Hoezo te moeilijk? Ik doe dat zelf ook, in mijn eentje. Op het ministerie van volksgezondheid werken honderden of duizenden mensen."

Daarop antwoordde mijn gesprekspartner: "Als ze met dat soort dingen rekening gaan houden, dan krijgen ze alleen maar meer gezeur van mensen die vinden dat ze onrechtvaardig behandeld worden. Dus heel begrijpelijk dat ze de hele wereldkaart op oranje zetten en een streep trekken."

Een andere gesprekspartner, nota bene werkzaam voor een organisatie die opkomt voor bepaalde mensenrechten, zei: "Dit heeft het Nederlandse volk aan zichzelf te danken, door zich sinds afgelopen zomer niet aan de corona-regels te houden. De Nederlandse cultuur komt zichzelf hiermee keihard tegen. Nederlanders zijn te ongedisciplineerd. Dan vraag je om dit soort maatregelen."

Ik was het met deze persoon eens dat het gedrag van grote delen van de Nederlandse bevolking sinds afgelopen zomer abominabel was geweest. Toen ik zelf eind mei 2020 uit Finland terugkwam, was ik geschokt over het gebrek aan verantwoordelijkheidsgevoel dat zichtbaar werd zodra ik uit het vliegveld kwam. Ik herinner me drie marechaussees die met een herdershond op een druk perron van het treinstation Schiphol Amsterdam Airport stonden, zonder mondkapje. Ik (met mondkapje) sprak ze aan en vroeg of ik iets niet goed begrepen had. Ze antwoordden: "Nee, die mondkapjesplicht gaat pas over een paar dagen in, dus nu hoeft het nog niet." Ze hadden kennelijk nog nooit gehoord van de voorbeeldfunctie die ze als geüniformeerde marechaussees hadden.

Maar anders dan mijn gesprekspartner, wilde ik dit in het geval van de Nederlandse bevolking (niet zijnde marechaussees en dergelijke) niet primair framen als een "gebrek aan discipline", maar als een gebrek aan "verantwoordelijkheidsgevoel". Het verschil is dat in de framing "*ongedisciplineerd*" een aanname besloten ligt dat de oplossing in autoritaire, disciplinerende

maatregelen moet worden gezocht, terwijl in de framing "onverantwoordelijk" het inzicht besloten ligt dat het gezondheidsrisico primair moet worden aangepakt via de bevordering van een gezond verantwoordelijkheids- en gemeenschapsgevoel van individuele burgers. Daar ligt de kern als het gaat om het probleem in de Nederlandse cultuur. Autoritaire maatregelen zonder dat de regering zelf het goede voorbeeld geeft op het gebied van integriteit en verantwoordelijkheidsbesef, brengen nodeloze schade toe aan onze rechtsstaat, ten koste van onze grondrechten.

### **Kennismaking met Stichting Viruswaarheid - en met rechterlijke buigzaamheid**

Tot begin 2021 had ik nooit contact gehad met de groep "Viruswaanzin", later overgegaan in de "Stichting Viruswaarheid". Ook had ik niet rechtstreeks kennis genomen van uitlatingen van deze groep of de daaraan gelieerde partij "Vrij en Sociaal Nederland" (VSN), die ca. september 2020 was opgericht. Wel had ik via "mainstream-media" (kranten en grote websites zoals Nu.nl) wat dingen over "Viruswaarheid" vernomen. Die hadden mij een nogal ongunstig beeld gegeven over de activiteiten van deze groep.

Mijn indruk was dat deze groep weliswaar zei op te komen voor de rechten en vrijheden van alle Nederlanders, maar in feite vooral twee andere dingen deed:

- a) Het gevaar bagatelliseren dat Covid-19 met zich meebracht voor de gezondheid van mensen en voor het functioneren van ons zorgstelsel;
- b) Een interpretatie aan het begrip "grondrechten" geven die meer te maken had met een absolutistisch pleidooi voor egoïstisch, onverantwoordelijk gedrag ten koste van anderen, dan met een gezonde combinatie van vrijheidsliefde en verantwoordelijkheidsgevoel.

Omdat ik Viruswaanzin/Viruswaarheid in die periode (mei-december 2020) beschouwde als niet meer dan één van de stemmen in de kakofonie van mensen en groepen die dingen riepen over de corona-crisis, had ik er geen bijzondere aandacht aan besteed. Wel was ik in het najaar van 2020 op de hoogte geraakt van het feit dat de voorzitter van Stichting Privacy First, Bas Filippini, was betrokken bij de oprichting van de nieuwe, aan Viruswaarheid gelieerde partij VSN, en vervolgens Privacy First had verlaten om lijststrekker van VSN te kunnen worden.

Mijn interesse voor Stichting Viruswaarheid nam echter opeens toe nadat ik op 4/5 januari 2021 op de hoogte raakte van de regeringsmaatregel van 24 december 2020 m.b.t. de verplichte PCR-coronatest en het kort geding dat door de voorman van Viruswaarheid, Jeroen Pols, om die reden was aangespannen tegen de Nederlandse staat. Ik bezocht voor het eerst de website van Viruswaarheid en trof daar informatie aan over dat kort geding (uitspraak: 31 december 2020). Ook keek ik wat rond op de homepage van de site (maar niet veel verder).

Ik was positief verrast door sommige teksten. In de op de website verwoorde doelstellingen ten aanzien van het behoud van onze rechtsstaat en respect voor goed wetenschappelijk onderzoek kon ik me in grote lijnen vinden. Hoe dat te rijmen viel met eerdere berichtgeving over standpunten (bagatellisering corona-risico's) en acties (ongewenst zonder mondkapje dicht benaderen van vreemdelingen op straat) van Viruswaanzin/Viruswaarheid, was me niet duidelijk.

Was er bij Viruswaarheid misschien sprake van oprecht voortschrijdend inzicht? Of liet Viruswaarheid zich beïnvloeden door politieke opportuniteit om de gelieerde partij VSN meer salonfähig te maken? Op de site stonden goede woorden over liefde en verdraagzaamheid.

Vormden die woorden een weerspiegeling van de werkelijke attitude van de oprichters en huidige leiders van Viruswaarheid, of was het eerder een politiek-correcte façade? Ik wist het niet.

Ik besloot dat ik vooralsnog een agnostische houding zou aannemen ten aanzien van de activiteiten van Viruswaarheid in 2020, en mijn aandacht alleen zou richten op de juridische en publicitaire actie van Viruswaarheid ten aanzien van de regeringsmaatregel van 24 december 2020. Ik was blij dat Pols het eerste kort geding tegen de regeringsmaatregel op 31 december 2020 had gewonnen. Daarna had de regering de maatregel echter toch gehandhaafd en was haastig overgegaan tot het opstellen van een ministeriële regeling om diezelfde maatregel alsnog van een (tijdelijke) legaliserende grondslag te voorzien, en tot voorbereiding van een wetsvoorstel om de maatregel definitief te legaliseren. De reactie van de regering getuigde niet van enig respect voor de rechtsstaat of voor de aan de rechtsstaat ten grondslag liggende beginselen.

Tegen de ministeriële regeling had Viruswaarheid een tweede kort-geding aangespannen, dat op 5 januari 2021 ter zitting zou worden behandeld. Ik was zeer benieuwd naar de uitkomst daarvan.

Toen ik op 8 januari 2021 de website van Viruswaarheid probeerde te bezoeken om mezelf op de hoogte te stellen, bleek echter dat de website juist die dag plat lag als gevolg van een DDOS-aanval, gepleegd door onbekenden. Het had er de schijn van dat die onbekenden zichzelf beschouwden als bondgenoten van de Nederlandse regering op het punt van de testverplichting. Of er daadwerkelijk enige bemoeienis was geweest van de kant van (personen werkzaam voor of anderszins gerelateerd aan) de Nederlandse regering, viel nog niet te zeggen. Ik was zeer benieuwd hoe ijverig de Nederlandse overheid zich zou inspannen om de werkelijke identiteit van de plegers van deze onrechtmatige aanval te achterhalen. "Interessante tijden..."

Op 11 januari 2021 slaagde ik erin de website van Viruswaarheid te bezoeken. Daar trof ik een artikel d.d. 10 januari 2021 van Jeroen Pols aan, getiteld: "Voorzieningenrechter wijst onbegrijpelijk vonnis - Testplicht reizigers ondanks schending mensenrechten".

Wat ik in het artikel las over U-bocht die de kort-geding-rechter binnen tien dagen had gemaakt, kennelijk onder zware druk van de Nederlandse regering, strookte met bepaalde ervaringen die ik zelf had met Nederlandse rechtspleging. Namelijk dat (in rechtszaken die ik zelf had gevoerd, waaronder de onderhavige casussen) lagere bestuursrechters niet echt onafhankelijk leken te functioneren, maar probeerden om met of zonder feitelijke basis narratieven te construeren ten dienste van de wensen en doelen van de "uitvoerende macht" (het bestuursorgaan). Die leek daardoor in de praktijk van een "uitvoerende macht" te zijn veranderd in ofwel een "heersende macht", ofwel in een "uitvoerende macht ter uitvoering van de opdrachten van een niet rechtsstatelijk functionerend regime of conglomeraat op de achtergrond".

Uiteraard viel een dergelijke gehoorzaamheid van rechters aan een niet-rechterlijke macht niet wetenschappelijk of in formeel-juridische zin te bewijzen. Rechters zijn bij uitstek bedreven in het rationaliseren van hun beslissingen, doordat ze beroepshalve veel geoefend hebben in het onderbouwen van hun uitspraken met rationele argumenten, en kunnen zichzelf afschermen van kritische bevraging via de institutie van het "geheim van de raadkamer".

Het probleem ontstaat wanneer de expliciete, rationele overwegingen die een rechter opschrijft ter motivering van een uitspraak, niet meer overeenstemmen met de werkelijke, feitelijke

motieven op grond waarvan een rechter tot zijn of haar oordeel is gekomen. Als die werkelijke motieven verscholen blijven in het brein van de rechter, of in informele onder-onsjes tussen juridische functionarissen, en tot "het geheim van de raadkamer" worden gerekend, dan vallen de werkelijke motieven van rechters alleen indirect te achterhalen, door middel van een analyse van hun uitspraken in combinatie met de omstandigheden waarin die uitspraken zijn gedaan.

Ik zal in deze motivering niet verder ingaan op de implicaties van de regeringsmaatregel van 24 december 2020 en de rechterlijke uitspraak van 8 januari 2021 voor mijn persoonlijke situatie. De relevantie ervan voor de onderhavige casussen is gelegen in wat het laat zien over de manier waarop onze grondrechten op bewegingsvrijheid en privacy in het OV ons worden afgenomen, zonder dat de instituties van onze "rechtsstaat" ons daar kennelijk nog tegen willen of durven te beschermen.

### **3.2.8 Conclusie: afschaffing rechtsstaat in plaats van bescherming volksgezondheid**

De regeringsmaatregel om Nederlanders die zich niet onderwerpen aan een door de regering verplicht gestelde PCR-test, te weren uit hun eigen land, laat zien dat onze eigen, via zogeheten "representatieve democratie" tot stand gekomen regering de rechtsstatelijke beginselen niet langer zo interessant vindt.

De ondoelmatigheid van de getroffen maatregel, waarbij landen zonder feitelijke basis als "hoogrisicoland" worden aangemerkt, waarbij de PCR-test ten onrechte wordt gebruikt als een middel voor het stellen van een medische diagnose of de reiziger bij het betreden van een vervoermiddel besmet is of niet, en waarbij juist niet de eis wordt gesteld dat er binnen het vervoermiddel afstand wordt gehouden, laat zien dat de maatregel niet werkelijk dient ter bescherming van de volksgezondheid in Nederland, maar ter bescherming van iets anders. De meest plausibele verklaring is dat het doel is om het imago van de Nederlandse regering te beschermen en tegelijk de toegestane vullingsgraad van de vervoermiddelen hoog te houden.

De conclusie moet dan ook zijn dat de grondrechten van Nederlandse burgers op bewegingsvrijheid in relatie tot hun eigen land, op privacy en op eerbiediging van hun lichamelijke integriteit, door de Nederlandse regering ondergeschikt worden gemaakt aan - bij gebrek aan andere plausibele verklaringen - de bescherming van het imago van de Nederlandse regering en aan het korte-termijn-belang van vervoerbedrijven bij een hoge vullingsgraad van hun vervoermiddelen.

Rechters die terecht oordelen dat dat niet rechtmatig is, worden door het bestuur snel onder druk gezet, waarna deze rechters ombuigen en gehoorzaam alsnog mensenrechten opzij schuiven om de wensen van het bestuur te faciliteren.

Deze gang van zaken is kenmerkend voor hoe het toegaat in autoritair geregeerde landen (bijvoorbeeld dictaturen).

Formeel is Nederland nog een rechtsstaat, maar in de praktijk niet meer.

### **3.3 Ontwikkelingen in Nederlandse rechtspraak: hoe de rechtsstaat wordt afgebroken**

De bewering, zoals door mij in de vorige paragraaf gedaan, dat Nederland formeel nog een rechtsstaat is, maar feitelijk niet meer, zal bij veel rechters, waaronder de rechters van uw Afdeling, op scepsis stuiten. Dat is niet verwonderlijk: wie zou er niet sceptisch worden als zijn bestaan wordt ontkend door iemand anders?

Want door te zeggen dat de Nederlandse rechtsstaat niet meer bestaat, lijkt ik ook te zeggen dat u niet meer bestaat - althans niet in de hoedanigheid van rechter.

Vooralsnog heeft mijn bewering echter alleen betrekking op (sommige) lagere rechters en op de consequenties van hun handelwijze voor het Nederlandse rechtstelsel als geheel. Ik houd het op dit moment nog steeds voor mogelijk dat uw Afdeling de betreffende lagere rechters gaat corrigeren.

Zo'n correctie zal op zichzelf echter helaas niet voldoende zijn om Nederland als "rechtsstaat" te kunnen redden. Ik zal dit hieronder nader toelichten in paragraaf 3.3.3.

Voordat ik daaraan toekom, zal ik echter eerst mijn stelling dat (sommige) lagere "rechters" niet langer als rechters beschouwd moeten worden, moeten onderbouwen aan de hand van concrete casuïstiek. Dat zal ik doen in paragraaf 3.3.1 (lagere bestuursrechter in een recent door mij gevoerde zaak m.b.t. ruimtelijke ordening) en paragraaf 3.3.2 (kort-geding-rechter in de door Stichting Viruswaarheid gevoerde zaak m.b.t. de ministeriële regeling ter legalisering van de voorheen illegale PCR-testplicht bij inreis in Nederland).

Het gaat hier om een afbraak van de rechtsstaat die niet plaats vindt in de vorm van een uitwendige, zichtbaar tirannieke onderdrukker die rechters min of meer openlijk dwingt om hun oordelen aan te passen aan zijn wensen, en ook niet om rechtstreekse omkoping van rechters. Het hoeft zelfs niet te gaan om de "netwerkcorruptie" die ik heb besproken in paragraaf 3.3.5 van mijn onderhavige hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020, hoewel dat wel waarschijnlijk is. Het gaat hier om een subtiele afbraak van de rechtsstaat die, al dan niet indirect "gestimuleerd" door bepaalde machthebbers of netwerken, plaatsvindt in het brein van een rechter zelf.

#### **3.3.1 Post-truth-rechtspraak m.b.t. ruimtelijke ordening**

In een door mij gevoerde zaak op het gebied van ruimtelijke ordening, die ik onlangs in hoger beroep ook aan uw Afdeling heb voorgelegd (uw zaaknummer: 2020-07151), gaf de lagere rechter op een aantal punten blijk van een niet-rechtsstatelijke (of: post-rechtsstatelijke) benadering van de zaak. Het betrof een vergunning die een gemeente had verleend aan een projectontwikkelaar, ten koste van de leefomgeving van omwonenden. De rechter negeerde een deel van het voorhanden feitenmateriaal, de feitelijke inhoud van het beroepschrift, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en beginselen van redelijkheid. Desgewenst kan uw afdeling mijn hoger-beroepschrift onder het genoemde zaaknummer raadplegen, als u nadere onderbouwing en context nodig acht van hetgeen ik in deze paragraaf naar voren breng. Ik zal hier alleen de fouten van die rechter samenvatten.



**1. Wegkijken onder het mom van "terughoudende toetsing".** De rechter zag in de "discretionaire bevoegdheid" van het bestuurorgaan een reden voor "terughoudende toetsing" van de zaak. In andere zaken heb ik juist meegemaakt dat de rechter in het ontbreken van zo'n discretionaire bevoegdheid aanleiding zag voor terughoudende toetsing. Wat ik echter nog nooit heb meegemaakt, is dat een rechter in zijn uitspraak aangaf reden te zien voor "indringende toetsing".

De vraag is ook wat er wordt verstaan onder "terughoudende toetsing". Betekent het dat de rechter zich ervan onthoudt de tekst van het beroepschrift correct te lezen? Of dat de rechter feiten negeert en daar andere, fictieve feiten voor in de plaats stelt? Betekent het dat de rechter klakkeloos aanneemt dat beweringen van het bestuursorgaan waar zijn? Betekent het dat de rechter, in strijd met de feiten, klakkeloos aanneemt dat alle relevante belangen zijn afgewogen?

**2. Negeren van relevante omstandigheden van het concrete geval.** De rechter gaf aan dat hij niet zou kijken naar een aantal door mij genoemde omstandigheden waarin het door mij bestreden besluit was genomen, omdat het "gebeurtenissen in het verleden" en "zuiver morele aspecten" zou betreffen. Het gevolg hiervan was dat de rechter het bestuursorgaan toestond om in een aantal kleine stapjes, stuk voor stuk "kleine zaken", op onrechtmatige wijze een grote verandering te bewerkstelligen. Dit was één van die "kleine zaken".

Het concept van "zuiver morele aspecten" is onzin. Morele aspecten die betrekking hebben op concrete zaken, zijn nooit "zuiver", maar zijn altijd verbonden met de materiële werkelijkheid.

**3. Verwarren van het "specialiteitsbeginsel" voor bestuurlijke besluitvorming met rechterlijke toetsingscriteria.** De rechter beriep zich bij het wegstreken op het "specialiteitsbeginsel" dat volgens de rechter inhield dat bestuursorganen bij het nemen van bepaalde besluiten alleen bepaalde aspecten in beschouwing mogen nemen, en andere niet. Hier zag de rechter dus opeens juist geen discretionaire bevoegdheid voor het bestuursorgaan.

Bovendien greep de rechter dit "specialiteitsbeginsel" aan als excuus (vrijbrief) om zelf, als rechter, niet meer te hoeven kijken naar sommige relevante omstandigheden van het concrete geval.

**4. De rechtszoekende burger dingen in de mond leggen die hij niet heeft gezegd.** De rechter legde mij tweemaal een bewering in de mond die ik in mijn beroepschrift feitelijk niet had gedaan, en trok daaruit de conclusie dat mijn betoog op dat punt had "gefaald". Dit had ik al eerder meegemaakt, onder andere ook in één van de onderhavige casussen, zie mijn hoger beroepschrift d.d. 6 maart 2020, paragraaf 6.2.2 onder c) (pag. 147) en paragraaf 6.3.2 onder Ad 4) (pag. 165) - uw zaaknummer 2020-01626.

**5. Fantaseren dat alle belangen van burgers zijn meegewogen.** De rechter fantaseerde in zijn uitspraak: *"De rechtbank stelt vast dat verweerder de betrokken belangen heeft geïnventariseerd en deze vervolgens tegen elkaar afgewogen."* In werkelijkheid had de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan ter zitting expliciet toegegeven dat het bestuursorgaan de belangen van de betrokken burgers juist niet had geïnventariseerd, maar alleen het oordeel had gevraagd van een adviescommissie van het bestuursorgaan zelf over de "ruimtelijke aanvaardbaarheid" van de wijziging waarvoor de vergunning was aangevraagd.

**6. Het wegwuiven van onwelgevallige feiten.** Ten slotte wuifde de rechter het feit weg dat het bestuursorgaan een toezegging aan de betrokken burgers had gedaan om voor het betreffende perceel geen nieuwe vergunning meer te verlenen voor afwijkingen van het geldende bestemmingsplan, tenzij daarvoor draagvlak was gevraagd en aangetoond bij omwonenden. Het bestuursorgaan was deze toezegging niet nagekomen en had daarmee het vertrouwensbeginsel geschonden. De toezegging stond ook op papier (een aan vele omwonenden verstuurd email) en ik had getuigenverklaringen aangeleverd van tien burgers die aanwezig waren geweest op de bewonersbijeenkomst waar een vertegenwoordiger van het bestuursorgaan de toezegging had gedaan, en de context waarin dat was gebeurd: namelijk om bewoners zover te krijgen dat ze instemden met een door het bestuursorgaan gewenst mediation-traject. Het enige wat het bestuursorgaan daar ter zitting tegenin bracht, was dat die toezegging "onmogelijk" en "ondenkbaar" was. Het bestuursorgaan onderbouwde deze subjectieve opvatting niet.

Toch geloofde de bestuursrechter het bestuursorgaan en achtte het niet bewezen dat de toezegging was gedaan.

\*

Wat deze zaak illustreert, is dat Nederlandse lagere bestuursrechters het vaak niet hun taak achten om onafhankelijk recht te spreken, maar om een verhaal (een *narratief*) te construeren dat de besluiten van een overheid zogenaamd zou rechtvaardigen. Als het daarvoor nodig is om de feiten geweld aan te doen, dan vindt zo'n rechter dat geen probleem. Hij gaat gewillig *post-truth*.

Ik heb dit nu een flink aantal keren meegemaakt. Het gaat hier niet om losse incidenten, maar om een structurele houding van veel (lagere) rechters. Op deze manier wordt de geloofwaardigheid, het gezag en de legitimiteit van onze vermeende "rechtsstaat" steeds ernstiger beschadigd.

Als bestuurders en rechters zich afvragen waarom zo veel burgers tegenwoordig zo weinig vertrouwen hechten aan hun besluiten en oordelen, of zelfs maar aan hun beweringen over "feiten", dan zouden zij diep in de spiegel moeten kijken. Hoe lang zijn onze notabelen al bezig ons vertrouwen te verspelen door telkens op misleidende wijze met ons om te gaan, zonder respect voor feiten die niet in hun straatje te pas komen?

Het morele verval van bestuurders en rechters als "steunpilaren" van de rechtsstaat zal vroeg of laat ook de fundamenten van de rechtsstaat aantasten. Dat zou een groot verlies zijn, en het zou in tijden van crisis fatale gevolgen kunnen hebben.

\*

Ter referentie heb ik bij deze aanvulling van mijn motivering als bijlage een compilatie gevoegd van zaken die ik in mijn hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020 (*Lof der individualiteit - privacy, connectiviteit en autoritair denken*) en in mijn aanvulling d.d. 29 april 2020 (*Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis*) naar voren heb gebracht over de rol die ethiek zou moeten vervullen in rechtspraak. Dit is bedoeld voor diegenen in uw Afdeling die zich niet in bepaalde specifieke zaken willen verdiepen, maar wel kennis willen nemen van de grote lijn van mijn betoog over de onontbeerlijke functie van ethiek in de bestuursrechtspraak.

### 3.3.2 Uitspraken kort-geding-rechter m.b.t. reisbeperkingen Nederlanders

(1) Het gaat in de onderhavige casussen om maatregelen die een conglomeraat van Nederlandse overheden, vervoerbedrijven en andere gremia heeft getroffen om alle Nederlanders die zijn aangewezen op het openbaar vervoer (in binnen- en buitenland), te dwingen om hun persoonsgegevens af te staan, en over de risico's en schade die dat meebrengt voor hun bewegingsvrijheid.

Sinds de uitspraken van de rechtbank in de onderhavige casussen gaat het daarnaast ook om de mogelijkheid dat mijn grondrechten op dit punt door Nederlandse rechters niet langer worden beschermd.

Om die redenen zijn de rechtszaken relevant die heel onlangs door en voor burgers zijn gevoerd die als gevolg van de regeringsmaatregel van 24 december 2020 opeens worden gedwongen om te kiezen tussen het verlies van hun grondrecht op lichamelijke integriteit, of het verlies van hun vrijheid om naar hun eigen land terug te keren. Immers, als zij aan het vervoerbedrijf in het buitenland geen negatief PCR-testresultaat laten zien, wordt hun door dat bedrijf in opdracht van de Nederlandse staat de toegang geweigerd tot het vervoermiddel waarmee ze terug naar Nederland hadden willen reizen.

(2) In deze paragraaf zal ik commentaar leveren op de uitspraken die voorzieningenrechter mr. Hans Vetter op 31 december 2020 en 8 januari 2021 deed in de kort gedingen (verzoeken om voorlopige voorziening) die Jeroen Pols, Viruswaarheid en enkele tientallen burgers die in het buitenland verbleven, hadden aangespannen tegen de maatregel van de Nederlandse staat om Nederlanders niet toe te staan om naar hun eigen land terug te keren, tenzij ze zich onderwierpen aan een PCR-corona-test en aan vervoerbedrijven een negatief testresultaat toonden, gesteld in enkele door de Nederlandse staat goedgekeurde talen.

Ik zal dit doen aan de hand van het commentaar d.d. 10 januari 2021 van Jeroen Pols op de tweede rechterlijke uitspraak (*Voorzieningenrechter wijst onbegrijpelijk vonnis - Testplicht reizigers ondanks schending mensenrechten*), dat hij op de website van Viruswaarheid ([www.viruswaarheid.nl](http://www.viruswaarheid.nl)) heeft geplaatst en dat door mij op 11 januari 2021 is geraadpleegd. Ik neem aan dat Pols en Viruswaarheid er geen bezwaar tegen hebben dat ik, na deze bronvermelding, uitvoerig uit dat artikel citeer.

(3) Ik wijs er voorzorgshalve nogmaals op dat mijn instemming met het standpunt tot dusverre van Viruswaarheid inzake deze specifieke regeringsmaatregel, niet betekent dat ik ook zou instemmen met (alle) andere standpunten of activiteiten van Viruswaarheid. Anderzijds wil ik graag mijn dank aan Viruswaarheid uitspreken: ik heb van Pols' artikel weer nieuwe dingen geleerd.

#### **Niet-onafhankelijke rechtspraak**

(4) Aan het begin van zijn commentaar schrijft Pols het volgende:

Een rechter die binnen een week terugkomt op zijn eerdere oordeel zou wel eens een unicum kunnen zijn. Dit was wat mr. Hans Vetter afgelopen vrijdag deed. Nadat hij de Staat in het ongelijk stelde, volgde nog tijdens het weekeinde een wijziging van de ministeriële

regeling. Daarmee handhaafde het kabinet de omstreden regeling en negeerde de strekking van de rechterlijke beoordeling. Duizenden Nederlanders in het buitenland kwamen hierdoor afgelopen week in de problemen. Velen van hen konden zich door de feestdagen niet tijdig laten testen. Anderen testten positief en zitten nu voor onbeperkte tijd vast op hun vakantiebestemming. Dertig in het buitenland verblijvende Nederlanders namen deel aan dit kort geding.

En helemaal aan het eind schrijft hij:

De rechtspraak laat het tot nu toe ernstig afweten bij de bescherming van de bevolking tegen een radicaliserende overheid. Kennelijk reikt de politieke invloed tot ver in de rechtszaal.

Mijn commentaar hierop is dat Pols met deze laatste formulering enige voorzichtigheid in acht neemt. Hij kiest ervoor om alleen impliciet te suggereren dat er bij de tweede ("U-bocht"-) uitspraak van de voorzieningenrechter sprake is van niet-onafhankelijke rechtspraak, waarbij de rechter zich op oneigenlijke, niet-rechtsstatelijke wijze heeft laten beïnvloeden door de wensen van politieke machthebbers (in casu de Nederlandse regering). Ik wil die suggestie graag expliciet maken, omdat ik zelf dat gebrek aan rechtsstatelijkheid en onafhankelijke rechtspraak de afgelopen jaren in verschillende zaken heb ervaren, waaronder de onderhavige casussen.

#### **Misbruik en verdraaiing van wettelijke regels**

**(5)** Onder het kopje "Vangnetbepaling" schrijft Pols het volgende:

"Maar voor een ingrijpende verplichting als de onderhavige, die de lichamelijke integriteit van een passagier betreft, is (minst genomen) een geconcretiseerde wettelijke grondslag nodig. Dat de test slechts een geringe beperking op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam behelst, en het afnemen van de test "zo gebeurd" en "weinig belastend" is, kan hieraan niet afdoen", oordeelde Vetter op 31 december 2020. Het kabinet vond in artikel 58p van de Spoedwet overhaastig een nieuw grondslag. Een vangnetbepaling die de bevoegdheid geeft voorwaarden te stellen voor toegang tot en gebruik van vervoersmiddelen. Deze bepaling biedt echter evenmin een deugdelijke of geconcretiseerde grondslag. Een vangnetbepaling is per definitie niet concreet. Toch oordeelt Vetter dit keer: "Alhoewel een specifiek omschreven wettelijke basis zonder meer denkbaar en optimaliter ook wenselijk is, kan dit naar het oordeel van de voorzieningenrechter echter nog niet leiden tot de conclusie dat hier sprake is van een onmiskenbaar onverbindende regeling." Op zijn minst een opmerkelijke koerswijziging.

Dit is een voorbeeld van de toegenomen neiging van veel rechters om wettelijke bepalingen te verdraaien om een gewenste uitkomst te bewerkstelligen, in plaats de wet en de bedoeling van de wet oprecht als richtsnoer te hanteren. Deze toegenomen neiging hangt samen met de "instrumentalisering" van wet en recht die de afgelopen twintig jaar onder invloed van het neoliberalisme heeft plaatsgevonden. Zowel door de uitvoerende macht als door rechters die, in strijd met hun onafhankelijkheidsplicht, vooral proberen de uitvoerende macht zoveel mogelijk te bedienen, wordt de wet steeds minder als indicator van het met rechtspraak na te streven rechtvaardigheidsdoel behandeld, maar in plaats daarvan als middel om doelen van de "uitvoerende" macht en andere (bijv. financiële of commerciële) machthebbers te realiseren.

(6) Onder het kopje "vervoersvoorwaarde" vervolgt Pols:

Viruswaarheid voerde ook aan dat de voorwaarde om een negatieve testuitslag te tonen geen vervoersvoorwaarde is en daarom artikel 58p per definitie niet als grondslag kan dienen. Minister de Jonge benadrukte in de Kamer namelijk ondubbelzinnig het doel van de maatregel: "het gevolg voor personen die geen negatieve testuitslag krijgen of kunnen krijgen, is dat de mogelijkheid tot inreis in Nederland wordt belemmerd". Dit noemt men in het belastingrecht een *fraus legis*: een constructie die slechts tot doel heeft een verplichting te omzeilen. Om fundamentele grondrechten in te perken verpakt het kabinet het inreisverbod als een vervoersvoorwaarde. Een negatief testresultaat is feitelijk een voorwaarde om Nederland binnen te komen en daarmee een inperking van een mensenrecht.

Ook op dit punt ben ik het eens met Pols, met dank voor de term *fraus legis*, die ik nog niet kende. Als rechters willens en wetens goedkeuring verlenen aan een *fraus legis*, dan leven we natuurlijk niet in een rechtsstaat. Het feit dat het hier niet om een vervoersvoorwaarde gaat, bleek ook uit de door mij eerder genoemde casus van Nederlandse burgers in Finland aan wie door luchtvaartmaatschappij Finnair de toegang tot het vliegtuig werd geweigerd. In de Finse berichtgeving hierover werd het volgende gezegd:

Nederland is, net als veel andere staten, begonnen met het eisen van een negatief coronatestresultaat van reizigers die in het land arriveren. De chef communicatie van Finnair, Päivyt Tallqvist, vertelt dat er sinds 29 december [2020] van reizigers naar Nederland verlangd wordt dat ze een corona-testresultaat in het Engels, Duits, Frans, Nederlands of Spaans overleggen. De taaleis met betrekking tot de officiële testuitslag kwam voor vele reizigers als een verrassing.

(...) Volgens Tallqvist is het de plicht van de reiziger om ervoor te zorgen, dat hij beschikt over de benodigde documenten. Tallqvist geeft toe, dat er op dit moment van de reizigers veel alertheid gevraagd wordt, omdat verschillende landen hun eigen eisen hanteren en die eisen soms ook snel veranderen. Volgens Tallqvist is de beste informatie over vereiste documenten te vinden op de websites van de autoriteiten van elk land. Zonder alle vereiste documenten kunnen wij reizigers helaas geen toegang verlenen tot onze vliegtuigen, aldus Tallqvist.<sup>6</sup>

Hieruit blijkt dat niet alleen het effect van de maatregel niets met (de wijze van) vervoer te maken heeft, maar ook het doel van de maatregel niet. Finnair acht de plicht om de gevraagde documenten aan te leveren, niet nodig voor het vervoer van de betreffende passagiers. Finnair anticipeert slechts op de Nederlandse weigering om reizigers zonder die documenten toe te laten, hetgeen voor Finnair de onaangename verplichting met zich mee zou brengen om deze reizigers terug te vervoeren naar Finland. Nederland heeft ook geen bevoegdheid om aan internationaal luchtverkeer "vervoersvoorwaarden" op te leggen, maar alleen de bevoegdheid of althans de feitelijke macht om natuurlijke personen van zijn grondgebied te weren.

---

<sup>6</sup> "Toistakymmentä matkustajaa käännytettiin Finnairin Amsterdamin-lennolta – Hollanti vaatii negatiivista koronatestiä, mutta suomenkielinen asiakirja ei kelpaa" Bron: <https://yle.fi/uutiset/3-11721984> Geraadpleegd: 4 januari 2021.

### **De "vrije markt" is er in het openbaar vervoer opeens even niet**

(7) We zien hier ook dat de neoliberale doctrine dat er bij openbaar vervoer sprake zou zijn van "private bedrijven" die op een "vrije markt" opereren, niet in overeenstemming blijkt te zijn met de feiten. Hoewel Finnair formeel een privaat bedrijf is, en (anders dan bijvoorbeeld NS) in ieder geval geen eigendom is van de Nederlandse staat, "gehoorzaamt" Finnair toch aan wensen of eisen van de Nederlandse staat die geen betrekking hebben op de veiligheid van het vervoer zelf.

Strikt genomen zouden Nederlanders die in Finland door Finnair geweigerd worden, ondanks hun geldige ticket, Finnair in Finland voor de rechter kunnen dagen wegens contractbreuk, met als argument dat als Nederland hen de toegang tot het land wenst te weigeren, dat dan niet een zaak is van Finnair, maar een zaak tussen de betreffende Nederlandse burger en de Nederlandse staat, die zo'n burger zelf op het Nederlandse vliegveld Schiphol met de Nederlandse staat wil en kan afhandelen. Immers, als Nederland één van zijn eigen burgers tot illegale immigrant verklaart, dan moet die burger de kans krijgen om op Nederlands grondgebied in rechte op te komen tegen die beslissing.

### **De facto ontneming van wezenlijk element van staatsburgerschap**

(8) Zoals het nu toegaat, ontnemt Nederland aan eigen burgers die in het buitenland verblijven in de praktijk een wezenlijk element van hun staatsburgerschap en reduceert hen op die manier in de praktijk tot een vorm van stateloosheid, als zij niet tevens beschikken over een andere nationaliteit. Bovendien deed de Nederlandse regering dit zonder waarschuwing vooraf en zonder overgangsrecht voor reeds in het buitenland verblijvende Nederlandse burgers die hierdoor werden verrast.

### **Strijd met mensenrechten**

(9) Dat is in strijd met elementaire mensenrechten, zoals onder andere werd geïllustreerd in de zaak met betrekking tot het ontnemen van de Britse nationaliteit (het staatsburgerschap) aan Shamima Begum, die als minderjarige Britse burger naar Syrië was gereisd uit misplaatst enthousiasme voor de terreurorganisatie ISIS. Het is opmerkelijk hoe makkelijk de Nederlandse regering ertoe overgaat om haar eigen burgers te behandelen op een manier die nog niet eens zou zijn toegestaan als een burger zich zou aansluiten bij een terroristische organisatie. En voorzieningenrechter Hans Vetter? Die vindt dat opeens goed, als de Nederlandse regering deze willekeur maar vastlegt in een ministeriële regeling.

Terecht schrijft Pols hierover in zijn artikel:

Het Europese mensenrechtenverdrag bepaalt dat niemand het recht ontnomen mag worden het grondgebied te betreden waarvan hij onderdaan is. Vetter beargumenteerde dat ook dit recht niet absoluut is en wees hiervoor op het terloops door de Staat genoemde zinsnede uit de verdragstoelichting dat "(. . .) such temporary measures as quarantine should not be interpreted as a refusal of entry". Ook hier doet de Staat aan *cherry picking*. Een gedwongen quarantaine is geen verbod op inreis of een "medisch ballingschap". De vergelijking gaat niet op.

**(10)** Onder het kopje "ongeclausuleerd mensenrecht" licht Pols dit nader toe:

Het EVRM formuleert het recht op terugkeer namelijk zonder voorbehoud. Met de laconieke opmerking dat, "als een reiziger niet aan de voorwaarde kan voldoen, de terugkeer in het belang van de volksgezondheid enige tijd uitgesteld moet worden", ontzegt Vetter de rechtzoekenden een fundamenteel mensenrecht. Een Nederlander die in het buitenland positief test, verkeert feitelijk in een tijdelijke ballingschap. Dit terwijl bij de onderhandelingen over dit artikel eind jaren zestig het expliciet als onbestaanbaar geacht werd om ingezetenen om gezondheidsredenen de toegang tot hun land te ontzeggen. Dit is terug te vinden in de zogenaamde *travaux preparatoires* bij het verdrag.

Deze passage maakt twee dingen duidelijk: 1. het grote belang van het EVRM voor het behoud van onze grondrechten. In de door mij gevoerde procedures op het gebied van privacy, heb ik reeds gewezen op het feit dat Nederlandse bestuursrechters opvallend vaak zwijgen over het EVRM en dat verdrag vaak stilzwijgend buiten beschouwing lijken te willen laten, om het op die manier uit te schakelen. Dat is in strijd met de internationale verplichtingen die Nederland als rechtsstaat is aangegaan.

2. In plaats van Nederlanders de toegang tot hun eigen land te ontzeggen, had de Nederlandse regering al geruimte tijd geleden voorzieningen moeten treffen om Nederlanders die beschouwd worden als een besmettingsrisico, in Nederland op een zodanige wijze op te vangen dat dit risico voldoende verkleind wordt. In Nieuw-Zeeland en Taiwan hebben de betreffende overheden zulke maatregelen al in de eerste helft van 2020 getroffen. Waarom heeft de Nederlandse regering dat niet gedaan? "Beetje dom"? Beetje te veel bezig geweest met windowdressing?

**Rechter vult het recht aan als dit het bestuur dient, maar niet als het de burger dient**

**(11)** Vervolgens maakt Pols melding van een verschijnsel dat ik zelf in de door mij gevoerde bestuursrechtelijke procedures ook herhaaldelijk heb meegemaakt.

Viruswaarheid voerde verder aan dat een inbreuk op dit recht uitsluitend mogelijk is als het voortbestaan van het land bedreigd is. Vetter ging ook hieraan voorbij en overwoog dat "niet duidelijk was waarop dit standpunt gebaseerd is". In de rechtspraak geldt het beginsel *lus curia novit*, ofwel de rechter kent het recht. Een partij hoeft in beginsel alleen de feiten aan te voeren en is het aan de rechter om het toepasselijke recht aan te vullen. Verwacht mag worden dat een rechter op de hoogte is van mensenrechtelijke bepalingen als het EVRM. Omdat artikel 3 geen clausulering kent, geldt de algemene inperkingsgrond van artikel 15 EVRM. Hierin is bepaald dat een land in een noodtoestand of oorlog die haar bestaan bedreigt van het verdrag afwijkende maatregelen mag nemen. En zelfs dan alleen voor zover dit strikt noodzakelijk is.

Ik heb zelf in bestuursrechtelijke procedures herhaaldelijk meegemaakt dat rechters wel rechtsgronden aanvullen die in het "voordeel" waren van het bestuursorgaan (gezien als "partij die wil winnen", niet als overheid die het algemeen belang wil dienen), maar dat ik dan achteraf erachter kwam dat diezelfde rechter zich niet had verwaardigd een verband te leggen tussen bepaalde door mij aangevoerde feiten en daarmee verband houdende rechtsgronden.

In de loop der tijd heb ik dit, als "amateur-jurist", proberen te ondervangen met de strategie om zo vroeg mogelijk in procedures (bezwaar-beroep-hoger beroep) zaken zoveel mogelijk te specificeren, om zo de wederpartij (het bestuursorgaan en diens zg. "onafhankelijke" bezwarencommissie) en de lagere bestuursrechter te dwingen om zich specifiek uit te laten over rechtsgronden, zodat ik zelf nog de gelegenheid had om daar in beroep of hoger beroep op te reageren. Daarom is het recht op "behandeling in tweede aanleg" (waar ik in mijn onderhavige hoger-beroepschriften al naar verwees) zo belangrijk als onderdeel van het recht op een fair proces (artt. 6 en 13 EVRM).

Gezien de feitelijke verhoudingen in de Nederlandse bestuursrechtspraak is goed vertrouwen in de bestuursrechter op dit punt helaas niet gerechtvaardigd.

### **Ontkenning van de betekenis van grondrechten in relatie tot feiten**

**(12)** Pols beschrijft de "laconieke" houding van voorzieningenrechter Vetter:

Vetter ziet echter weinig obstakels voor deze draconische maatregel. "Indien niet aan die voorwaarde kan worden voldaan, moet de terugkeer in het belang van de volksgezondheid enige tijd worden uitgesteld totdat aan de voorwaarde kan worden voldaan. Een tijdelijke maatregel dus, die naar het oordeel van de voorzieningenrechter meer vergelijkbaar is met quarantaine dan met straffen als ballingschap, wat het door eisers als eerste genoemde grondrecht beoogt te verbieden", aldus de uitspraak.

Dit heb ik bestuurs-volgzame bestuursrechters vaker zien doen. Als ze een bepaald recht van een burger lastig vinden, omdat het bepaalde wensen of doelen van het bestuur in de weg staat, dan kiezen zulke rechters vaak voor een combinatie van drie trucjes:

1. Bagatellisering van de betreffende rechtsregel. Bijvoorbeeld door, zonder nadere toelichting, te stellen dat het betreffende recht "niet absoluut" is, hetgeen dan in de ogen van de rechter kennelijk een vrijbrief oplevert om de betreffende rechtsregel verder te negeren;
2. Het verwarren van verschillende feitelijke zaken (in het door Pols besproken geval: het verwarren van een verbod op inreis met een quarantaine-maatregel). Vaak doen rechters dit ook door opeens heel algemene, abstracte termen te hanteren die zowel het één als het ander kunnen betekenen.
3. Het ontkennen van de relatie tussen de reeds gebagatelliseerde rechtsregel en het reeds vaag gemaakte feit, waardoor het betreffende recht van de burger in een mist verdwijnt. Als niets nog specifiek wordt gemaakt, blijft er geen recht meer over. Op deze manier kan elk recht worden gedemonteerd zonder dat de rechter of het bestuur openlijk hoeven toe te geven dat ze dat doen.

Dat deze rechters daarmee tevens de rechtsstaat stukje bij beetje ontmantelen, lijkt hen niet te deren. Maar goed, hun prettige salaris blijft toch wel binnenstromen, en in hun relatie-netwerk met bestuurders worden zulke trucjes natuurlijk gewaardeerd. Dat dit ten koste gaat van de rechten en de rechtszekerheid van burgers, interesseert hen niet zo.



### **Populistische pseudo-panaceeën om grondrechten buiten werking te stellen.**

**(13)** Terecht wijst Pols ook op een andere truc waarmee zowel bestuurders als bestuursrechters in Nederland steeds meer grondrechten uithollen, van hun betekenis ontdoen en feitelijk buiten werking stellen. Pols schrijft onder het kopje "Bevordering volksgezondheid":

De Staat beriep zich op artikel 22 Grondwet en 2 EVRM waaruit volgt dat zij verplicht is maatregelen te treffen ter bevordering van de volksgezondheid. De afgelopen negen maanden worden deze bepalingen gebruikt als een soort *silver bullet*, een panacee om nagenoeg alle grondrechten buiten werking te stellen. Ook de voorzieningenrechter gaat hierin mee en overweegt dat de maatregelen noodzakelijk zijn om dit recht *onbelemmerd uit te oefenen* en de beperking daarom naar voorhand oordeel kan worden gerechtvaardigd. Ook dit wijst op een bedenkelijke omgang met grondrechten. Een beroep op een elementair recht kan nooit automatisch een onbegrensde inperking van andere grondrechten rechtvaardigen. De rechtswetenschap neemt artikel 22 Grondwet, waarin is bepaald dat de overheid de volksgezondheid moet bevorderen, moet zorgen voor goede woningen en voorwaardes moet scheppen voor ontplooiing en vrijetijdsbesteding, door deze vage formulering nauwelijks serieus.

De overheid had deze verplichtingen misschien eerder serieus moeten nemen. De afgelopen tientallen jaren zijn het onderwijs en de gezondheidszorg uitgekleed en de IC-capaciteit in vijf jaar tijd door dit kabinet gehalveerd. Ook in deze "pandemie" is de beddenscapaciteit nauwelijks uitgebreid. Er zijn ongetwijfeld zinnigere manieren om de gezondheid te bevorderen dan verplichte testen en het afschaffen van mensenrechten. De Staat laadt met haar maatregelobsessie de verdenking op zich artikel 22 Grondwet te misbruiken.

Ik ben het op dit punt volledig met Pols eens, en verwijs nog eens naar mijn eerdere opmerking dat het werkelijke doel van de regering met de maatregel niet zozeer een feitelijke bescherming van de volksgezondheid lijkt te zijn, maar primair een bescherming van haar eigen imago en het wegnemen van weerstand bij de bevolking tegen autoritaire binnenlandse maatregelen.

**(14)** Zulke pseudo-panaceeën ter ondermijning van grondrechten ben ik ook veel tegengekomen in de onderhavige casussen met betrekking tot privacy in het openbaar vervoer. Het gaat hier om algemene, "magische" woorden zoals "veiligheid", "sociale veiligheid", "efficiëntie", "connectiviteit", "gemak", "gebruiksgemak", "digitale inclusiviteit", "iedereen moet kunnen meedoen", etc., die aan iedereen op zich een goed gevoel geven. Daardoor kunnen ze worden gebruikt om grote aantallen mensen op sleeptouw te nemen die graag een goed gevoel hebben en niet gewend zijn om kritisch na te denken (want dat leidt vaak tot waarnemingen en gedachten die een minder prettig gevoel opleveren). Het zijn de woorden van politieke Rattenvangers van Hamelen, met andere woorden: post-truth-populisten (niet te verwarren met bona-fide populistten).

De verwijzing van de Nederlandse regering naar "de volksgezondheid" als doel dat de maatregel van 24 december 2020 noodzakelijk zou maken, moet daarom opgevat worden als in hoofdzaak een populistisch argument.

De Nederlandse regering heeft met deze maatregel de rollen op een cruciaal punt omgedraaid: niet langer is Stichting Viruswaarheid de populistische partij. Nee, de Nederlandse regering heeft

nu een populistische positie ingenomen, en Viruswaarheid beroept zich hier op redelijkheid, de rechtsstaat en objectiveerbare feiten (even los van wat Viruswaarheid en Viruswaanin eerder deden, in de loop van 2020).

**(15)** Het is van groot belang dat Nederlandse bestuursrechters onderkennen welke partij op dit moment op het punt van de bestreden maatregel de populistische kaart speelt. Voorzieningenrechter Hans Vetter leek dat in zijn eerste uitspraak (31 december 2020) inderdaad te onderkennen, maar blijkt een week later (8 januari 2021) honderdtachtig graden te zijn gedraaid, en daarmee zijn onafhankelijke positie als rechter te hebben verzaakt.

Nu stelt hij een haastig opgestelde ministeriële regeling boven het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dat roept bij mij geen respect op, en geen vertrouwen in de Nederlandse rechtsstaat. Het is een aanwijzing dat er bij deze rechter waarschijnlijk sprake is van kwade trouw: hij weet dat zijn eigen uitspraak juridisch niet deugt, maar doet die uitspraak toch om bepaalde politieke belangen te dienen, die dan worden vermomd met het woordje "volksgezondheid".

#### **Geen nut, noodzaak, effectiviteit of proportionaliteit**

**(16)** De laatste twee kritiekpunten van Pols, onder de kopjes "PCR-test" en "Gebrekkige besluitvorming", zal ik hier niet citeren. Zie voor de tekst daarvan de website van Viruswaarheid ([www.viruswaarheid.nl](http://www.viruswaarheid.nl)). Als het gaat om democratisch geregeerde, relatief efficiënt geadmireerde landen zoals Denemarken, Finland, Japan, Taiwan en Zuid-Korea die er tevens in zijn geslaagd de besmettingsgraad vele malen lager te houden dan Nederland zelf, deel ik Pols' mening dat de Nederlandse regeringsmaatregel disproportioneel is, terwijl nut, noodzaak en effectiviteit ervan op geen enkele wijze aannemelijk zijn gemaakt.

Zoals eerder opgemerkt, heeft de Nederlandse staat al meer dan een half jaar toegang tot de door het ECDC gepubliceerde corona-cijfers van alle Europese landen. Dat de Nederlandse overheid daar maandenlang niets mee gedaan heeft, is ofwel een teken van verregaande incompetentie van de regering en het ministerie van Volksgezondheid, ofwel een teken van kwade trouw.

Als het gaat om een land als Engeland, waar een gemuteerde variant van het virus zich razendsnel breed heeft verspreid, zou ik er begrip voor hebben gehad als Nederland een tijdelijk, volledig en niet-conditioneel inreisverbod had ingesteld, en tegelijk eindelijk voortvarend was begonnen aan maatregelen die alsnog een veilige opvang in Nederland van uit Engeland of vergelijkbare risicolandten terugkerende Nederlandse staatsburgers mogelijk maken (bijvoorbeeld van overheidswege georganiseerde quarantaine-voorzieningen, zoals in Nieuw-Zeeland en Taiwan). Daarmee zou het belang van de volksgezondheid beter zijn gediend, met behoud van rechtsstatelijke beginselen.

#### **Conclusie ten aanzien van de rechterlijke uitspraak van 8 januari 2021**

**(17)** Ik deel Pols' eindconclusie, die ik daarom tot slot graag volledig citeer:

Als wij als samenleving vrijheid en mensenrechten als essentiële waarden beschouwen, moeten deze ook beschermd worden. De volksvertegenwoordiging en de regering doen dit niet. De rechtsspraak laat het tot nu toe ernstig afweten bij de bescherming van de bevolking tegen een radicaliserende overheid. Kennelijk reikt de politieke invloed tot ver in de rechtszaal. Nederland mag hopen dat er nog rechters zijn die de verantwoording voor de instandhouding van de rechtsstaat serieus nemen.

### 3.3.3 Bagatellisering van "kleine" rechten - en de grote gevolgen daarvan

#### Onvrijwillige aantasting lichamelijke integriteit is nooit "klein"

(1) Kenmerkend voor de in paragrafen 3.3.1 en 3.3.2 beschreven casussen, is dat het hier gaat om schendingen van rechten die werden gekarakteriseerd als "beperkt" (lees: klein). Dit gebeurde door zowel het schendende bestuursorgaan als de bestuurs-volgzame bestuursrechter (hierna afgekort tot *bvbr*, omdat zulke rechters de nemesis zijn van de *abbb* - de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die door hen worden genegeerd, gebagatelliseerd en op die manier afgeschafft).

In de casus van paragraaf 3.3.1 gaat het om het "een beetje overschrijden van een grenswaarde" (voor de afmetingen van een bouwsel) en "een beperkt effect op het aanzien" (van een rijksmonument). In de casus van paragraaf 3.3.2 gaat het om een ingreep die volgens bestuursorgaan en rechter weliswaar de lichamelijke integriteit aantast, maar ook "zo gebeurd" en "weinig belastend" is.

(2) Tja, zo zijn er ook daders die een onvrijwillig wijpje in een donker steegje "zo gebeurd" en "weinig belastend" vinden voor degene die het onvrijwillig ondergaat. Het is deze rechter kennelijk ontgaan dat het effect van een aantasting van de lichamelijke integriteit op het slachtoffer daarvan altijd gelegen is in een combinatie van ten minste vijf factoren:

1. de invasiviteit van de aantasting zelf;
2. de dwang waarmee de aantasting plaatsvindt;
3. de machtsverhouding tussen dader en slachtoffer die daarmee wordt gecreëerd;
4. de onomkeerbaarheid van wat er gebeurd is;
5. de schaamte die als gevolg van het gebeurde bij het slachtoffer ontstaat.

Een verkrachting of een andere vorm van geweld of intimidatie wordt als het ware in de geest van het slachtoffer gebrand - ook als het slachtoffer zich daar pas na enige tijd van bewust wordt. Ik heb zelf uitvoerig gesproken met verschillende slachtoffers van seksueel misbruik, fysiek geweld, seksuele intimidatie en andersoortige intimidatie. Ik weet waarover ik praat.

In de hoogtijdagen van de #metoo-beweging heeft de roemruchte feministe Germaine Greer gesuggereerd dat vrouwen minder zwaar moeten tillen aan een verkrachting als die plaatsvindt zonder dat er fysieke schade ontstaat aan het slachtoffer, en zich beter kunnen richten op het tegengaan van fysiek geweld. Terecht ontstond daarover commotie. Greer had iets niet begrepen.

(3) Dit wordt niet anders als de staat en diens vertegenwoordigers dader zijn.

(4) Ook niet-lichamelijk-invasieve aantastingen van iemands persoonlijke integriteit of levenssfeer hebben vergelijkbare effecten. Het systeem van OV-chipkaarten met gesloten poortjes heeft bijvoorbeeld effect op de psyche van reizigers die elke dag gedruild worden om zich te voegen naar de met mechanische middelen afgedwongen beperkingen die NS als dader aan hen stelt. Dat bijna geen enkele reiziger zich daarvan bewust is, maakt de aantasting niet minder ernstig, maar juist ernstiger. In vroeger eeuwen waren vrouwen, mensen van kleur, homoseksuelen zich vaak ook niet bewust van de onderdrukking door middel waarvan zij werden "gekneed". Het was immers "normaal" en volgens de "goede zeden" in de dominante maatschappelijke opvattingen van die tijd. De traumatische ervaringen van toen zijn generaties lang overgedragen.

### **Aantasting integriteit en levenssfeer versus vermeend "egoïsme"**

(5) Een trauma kan pas ontstaan als er eerst een ego bestaat. Een sponsdoekje uit de keukenkast kan niet verkracht, in elkaar geslagen of geïntimideerd worden, wat de eigenaar er ook mee uitspookt. Een slavin op een Amerikaanse plantage die door de plantage-eigenaar werd uitverkoren tot zijn bedgenoot, ervoer dat in sommige gevallen niet bewust als misbruik, maar als een voorrecht waarvan zij zelf maximaal gebruik moest zien te maken.

Het aantasten van de integriteit van mensen, bijvoorbeeld met een invasieve corona-testplicht of met mechanische hekjes en poortjes waardoor men zich niet meer vrij door voorheen publieke ruimtes kan bewegen, kan daardoor bij de slachtoffers tot drie dingen leiden, vaak in combinatie met elkaar: a) trauma; b) een reductie van hun ego; c) onbewust of bewust verzet tegen de aantasting.

Omdat ons ego een wezenlijk deel van onze menselijkheid is, leidt een dergelijke reductie van ons ego ook tot een vermindering van onze menselijkheid. Voor een nadere bespreking van wat menselijkheid inhoudt, verwijs ik naar de motivering van mijn drie onderhavige beroepschriften (motivering d.d. 29 oktober 2019, hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020, aanvullende motivering d.d. 29 april 2020).

Soms wordt er beweerd, door New-Agers en sommige spiritueel ingestelde mensen, dat geestelijke en spirituele groei het "loslaten" of zelfs het "verdwijnen" van het ego zou inhouden. Dat is onzin. Je kunt niet iets "loslaten" wat je zelf bent. En er is geen enkele aanwijzing dat er op deze aarde mensen rondlopen zonder ego. Ook de Dalai Lama heeft, en Mahatma Gandhi had een ego. Je kunt je ego wel ontwikkelen. Maar dan groeit het juist en wordt complexer en soepeler. Of het verstart juist en zwelt op tot grote, gespannen proporties, als een ballon.

(6) Ten tijde van de corona-crisis worden mensen die zich verzetten tegen het afnemen van bepaalde vrijheden vaak beschuldigd van "egoïsme".<sup>7</sup> Maar die beschuldiging is geen nieuw fenomeen. In het verleden zijn ook mensen die conform hun seksuele geaardheid wilden leven, beschuldigd van egoïsme. Of mensen die zich verzetten tegen bepaalde onderdrukkende, manipulatieve en vernederende praktijken die door het management van organisaties aan de werknemers werden opgedrongen: "Jij doet niet mee. Jij hebt geen team-spirit".

Op een vergelijkbare manier worden mensen die zich verzetten tegen de poortjes, hekjes en de privacy-invasieve controles die met de OV-chipkaart door NS in voorheen publieke ruimten zijn aangebracht en ingesteld, beschuldigd van een gebrek aan bereidheid om "mee te doen" aan wat zogenaamd nodig is voor het bereiken van meer "connectiviteit".<sup>8</sup>

Deze directe en indirecte beschuldigingen moeten worden opgevat als vormen van intimidatie, die door middel van een combinatie van propaganda en fysieke en juridische maatregelen plaatsvindt. Door middel van deze intimidatie wordt, stukje bij beetje, een grote onderklasse gecreëerd van mensen die het zelf normaal zijn gaan vinden dat hun vrijheid, hun democratische rechten en hun (lichamelijke en geestelijke) integriteit op allerlei manieren wordt aangetast en dat zij uiteindelijk

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld Jeppe Alling Jacobsen, "Sådan ender demokratiet" ("Zo eindigt de democratie"), 25 november 2020, waarin Jacobsen verwijst naar het gelijknamige boek van David Runciman.  
<https://www.information.dk/debat/2020/11/saadan-ender-demokratiet>

<sup>8</sup> Zie mijn bespreking van "connectiviteit" in mijn hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020, m.n. paragraaf 2.

worden gereduceerd tot minder menselijkheid. Hun idee van wat menselijkheid inhoudt, wordt beperkter. Hun idee van wat mens-zijn inhoudt, komt dan dichterbij in de buurt van het idee van wat het inhoudt om een sponsdoekje te zijn. Tegelijk gaan ze mensen die een meer uitgebreid idee hebben van wat menselijkheid inhoudt, en die daar ook naar willen leven, zien als "egoïstisch", "entitled" en "wereldvreemd".

**(7)** Dit doet niets af aan mijn erkenning dat egoïsme wel degelijk bestaat. Sterker nog, ik heb in corona-tijd duidelijke vormen van egoïsme waargenomen. Bijvoorbeeld de mensen die in een warenhuis, ondanks allerlei waarschuwingen en herinneringsboodschappen, niet bereid waren om op de roltrap vier treden afstand van me te houden, maar vlak achter me kwamen staan. Het lijkt zowel bij egoïsme als bij egoverlies vaak te gaan om vormen van onbewustheid. Met andere woorden, ze zijn niet alleen elkaars tegengestelde, maar ook twee manifestaties van hetzelfde.

#### **Propagandistische herhaling - met woorden en daden - ter rechtvaardiging van misbruik**

**(8)** Die overeenkomst tussen egoïsme en egoverlies is kenmerkend voor wat er de afgelopen decennia met veel mensen in rijke, formeel democratische landen is gebeurd onder invloed van het neoliberalisme. Mensen zijn onder druk gezet en verleid om enerzijds zichzelf kapot te werken in stressvolle kantooromgevingen en anderzijds, om het vol te kunnen houden, zichzelf te verdoven met amusement, drugs, vet en suikerrijk eten, snoep, "comfort", "gemak", volstrekt onnodige, milieubelastende vakantiereizen naar exotische landen, etc. etc. Dat dient het kortetermijn-belang van een kleine groep van zeer rijke mensen die daar nog heel veel meer geld mee verdienen, en daarmee hun plaats aan de top van de maatschappelijke machtspyramide bestendigen, of zich daar invecchten.

Het gaat hier, in psychologisch jargon, om een "regressie in de individuatie" van een grote meerderheid van de bevolking, die als zij niet gestopt wordt, fnuikende gevolgen zal hebben voor (het voortbestaan van) de democratische rechtsstaat. Dit is waar ik in mijn aanvullende motivering van 29 april 2020 (*Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis*) op doelde toen ik schreef over "het derde kwaad".

**(9)** In de eerste helft van de twintigste eeuw maakten propaganda-meesters in Amerika en Europa expliciet en begonnen systematisch in praktijk te brengen wat veel religieuze en wereldse machthebbers al eeuwenlang deden, namelijk het manipuleren van mensen door propagandistische boodschappen luidkeels en eindeloos te herhalen. Hun inzicht was: "Als je iets maar vaak genoeg herhaalt, gaat men het vanzelf geloven."

Deze boodschappen hadden niet alleen een verbaal (en visueel, en muzikaal) karakter, maar ook een fysiek karakter, bijvoorbeeld massa-bijeenkomsten waar mensen zich fysiek naartoe bewogen en verzamelden. In de laatste decennia van de twintigste eeuw legden machthebbers en hun uitvoerders steeds meer nadruk op het vormgeven van de fysieke leefomgeving van mensen (steden, wegen, vliegvelden) op zo'n manier dat dit hen meer controle verschafte over het doen en laten van mensen. In de eerste decennia van de eenentwintigste eeuw ontdekten ze hoe ze met een combinatie van fysieke en digitaal-fysieke middelen nog meer beheersing konden krijgen over het gedrag van grote aantallen mensen, en tegelijk (via "profilering" en "targeting") over het gedrag van individuele mensen. Het OV-chipkaart-systeem met zijn hekjes, poortjes en checkpunten is daar een voorbeeld van.

Naast de steeds herhaalde propaganda-boodschappen van machthebbers zoals Goebbels, Putin, Trump en Xi, en de steeds herhaalde propaganda-boodschappen van machthebbers zoals de bazen van Shell, Unilever, Facebook, Apple, Amazon en Google, is er tevens sprake van een continue herhaling van fysieke boodschappen. De boodschap die met een verplichte corona-test telkens wordt gegeven, is dat jouw neusholte niet van jou is. De boodschap die met het OV-chipkaart-systeem telkens wordt gegeven, is dat jij niet een vrij mens bent, maar een object dat door een mechanisch systeem wordt verwerkt.

**(10)** Stapje voor stapje worden we van subjecten die zelf beslissingen mogen nemen om onze gezondheid te beschermen of ergens naartoe te reizen, op die manier gereduceerd tot objecten waarin geprikt moet worden en die door middel van glazen, metalen, stenen en siliciumvoorzieningen moeten worden ingezet - dat wil zeggen: gebruikt als middelen.

Het gaat hier dus om een incrementele dehumanisering en instrumentalisering van mensen. Verreweg de meeste mensen worden zo gereduceerd tot objecten die als middel dienen ter realisering van de doelen van een kleine elite die beschikt over technologie en propaganda-middelen.

De overeenkomst tussen enerzijds seksueel misbruik en anderzijds misbruik door machthebbers van de staat en commerciële machthebbers, ligt in deze dehumanisering en instrumentalisering van de slachtoffers.

#### **Dehumanisering en instrumentalisering zijn niet noodzakelijk**

**(11)** Deze dehumanisering en instrumentalisering van mensen zijn niet noodzakelijk. De nieuwe technologische middelen die tot onze beschikking staan, leggen geen enkele verplichting op ons om ze op zo'n manier te gebruiken.

We zijn ook helemaal niet verplicht om eerdere technische middelen af te schaffen voordat er daarvoor humane alternatieven zijn.

Het probleem is alleen dat de nieuwe technische middelen op dit moment niet werkelijk tot "onze" beschikking staan, maar zich in handen bevinden van een kleine groep mensen die deze middelen gebruikt om ons wel degelijk te dehumaniseren en instrumentaliseren.

Ik merk dat dit een beetje Marxistisch klinkt, zo van: *"De dehumaniserings- en instrumentaliseringmiddelen moeten in handen komen van het proletariaat"*. Maar dat is niet wat ik bedoel. Ik bedoel dat de democratische rechtsstaat, omwille van haar doelen en omwille van haar eigen voortbestaan, rechtsstatelijke middelen moet creëren en inzetten om te waarborgen dat de nieuwe technologische middelen niet kunnen worden gebruikt voor dehumanisering en instrumentalisering van mensen.

Maar om dat te kunnen doen, moeten de vertegenwoordigers van de rechtsstaat, inclusief rechters, eerst wakker worden en het gevaar onder ogen zien waarin we ons op dit ogenblik bevinden. Namelijk het gevaar dat we snel maar tegelijk heel "smooth" en incrementeel, door de nieuwe technologische machthebbers in een situatie gebracht worden waarin we geen verweer meer hebben tegen het door hen gepleegde misbruik. Een situatie waarin de democratische rechtsstaat "captive" (een gevangene) is geworden van deze machthebbers.

### **Cumulatie, gewenning en precedentwerking: seksueel en technologisch misbruik**

(12) In mijn motivering d.d. 29 april 2020 (*Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis*) heb ik reeds gewezen op de overeenkomst tussen enerzijds seksueel misbruik en anderzijds technologisch misbruik.

Ik heb daar ook gewezen op de overeenkomst tussen de methoden waarmee bereidwillige slachtoffers worden gerecruteerd. Kort samengevat gaat het om *grooming* door middel van:

- a) het laten blijken van waardering - "Wij vinden onze klanten en hun privacy en comfort enorm belangrijk!";
- b) het zaaien van morele verwarring, oftewel gaslighting - "U wilt natuurlijk meedoen aan de nieuwe connectiviteit van deze tijd, en niet egoïstisch de hakken in het zand zetten met een ouderwets beroep op wat u privacy noemt, die allang niet meer bestaat zoals u denkt";
- c) het creëren van feitelijke omstandigheden waarin de uitgeoefende dwang zo min mogelijk zichtbaar is - "U hoeft alleen maar uw persoonsgegevens aan ons te verstrekken; wij zorgen dan dat u van deur tot deur steeds actuele reisinformatie krijgt";
- d) als het slachtoffer eenmaal enkele keren is gezwicht, een beroep doen op de eerdere medewerking van het slachtoffer als argument dat het slachtoffer nu niet opeens lastig moet gaan doen (morele chantage met verwijzing naar een - vermeende - medeplichtigheid van het slachtoffer aan het misbruik) - "U heeft ingestemd met onze algemene voorwaarden, dus het is nodig uw persoonlijke reisgegevens te verzamelen";
- e) de gewenning van het slachtoffer aan het misbruik bevorderen en zo lang mogelijk in stand houden, om het slachtoffer zo vergaand mogelijk en zo lang mogelijk te kunnen (blijven) gebruiken - "Op alle stations staan nu al enkele jaren die hekjes en poortjes";
- f) een morele (schijn)wereld optuigen, met geperverteerde normen die het misbruik lijken te rechtvaardigen - waardoor er in de geest van het slachtoffer een gevangenis wordt gebouwd die de wil van het slachtoffer afbreekt en die het slachtoffer ook op die manier langdurig belet om te ontsnappen. - "Wie zijn privacy niet wil afstaan, is egoïstisch en heeft kennelijk iets te verbergen wat het daglicht niet kan verdragen."

### **Actie tegen dehumanisering en instrumentalisering - het recht, de publiciteit**

(13) In een democratische rechtsstaat kan verzet tegen dehumanisering en instrumentalisering alleen legaal plaatsvinden via een beroep op het recht en via publieke meningsvorming, leidend tot democratisch gelegitimeerde besluitvorming.

In mijn gevecht voor het behoud van privacy in het Nederlandse openbaar vervoer heb ik aanvankelijk (vanaf 2014) alleen de weg van een beroep op het recht bewandeld, maar ben later ook gaan deelnemen aan publieke meningsvorming (als ik me goed herinner vanaf 2016). Het werd me steeds duidelijker dat alleen een combinatie van beide activiteiten enige kans biedt op een goede uitkomst.

Een kleine twee weken geleden (op 4 januari 2021) heb ik geconstateerd dat Stichting Viruswaarheid zich op een vergelijkbare manier verzet tegen dehumanisering en instrumentalisering, namelijk in de casus van de verplichte PCR-test voor Nederlanders die willen terugkeren naar hun eigen land.

**(14)** De vraag waar het in deze paragraaf in de kern om gaat, is of het voor het behoud van ons grondrecht op eerbiediging van onze lichamelijke integriteit en onze persoonlijke levenssfeer, en daarmee van onze menselijkheid, nodig is dat rechters ook zogenaamd "kleine" wetsovertredingen op dit punt als zodanig herkennen, erkennen, benoemen en op effectieve wijze verbieden.

**(15)** Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. In het huidige krachtenveld, waarin er sprake is van een zeer ongelijk speelveld tussen enerzijds burgers die hun lichamelijke integriteit en hun privacy willen beschermen, en anderzijds statelijke en technologische machthebbers die de betreffende grondrechten willen aantasten, vormen schijnbaar kleine overschrijdingen van die grenzen al een groot gevaar voor het behoud van die grondrechten, omdat met zulke overschrijdingen:

- a) er qua effect op individuele mensen geen sprake meer is van "kleine" overschrijdingen, zodra die individuele mensen zich bewust zijn van de implicaties van een overschrijding;
- b) de validiteit van de door het recht tot dusverre gestelde grens in de perceptie van het grote publiek wordt afgebroken, als er niet tegen wordt opgetreden;
- c) de cumulatie van schijnbaar "kleine" overschrijdingen een grote en, door middel van gewenning en precedentwerking, ook een structurele overschrijding vormt.

**(16)** Voor het behoud van onze grondrechten op lichamelijke integriteit en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is het nodig dat verschillende actoren hun rollen naar eer en geweten vervullen, met de moed die daarvoor vereist is:

- a) burgers moeten opkomen voor hun rechten en deelnemen aan publieke meningsvorming. Dit is wat ik sinds medio 2014 doe, en wat Stichting Viruswaarheid in de casus met betrekking tot de PCR-testplicht sinds december 2020 doet;
- b) toezichthouders moeten de wet en het recht handhaven. Dit is wat de Autoriteit Persoonsgegevens sinds 2014 verzuimt te doen in de onderhavige casussen;
- c) rechters moeten de wet en het recht op een zodanige wijze duiden en die duiding in hun uitspraken verwoorden, dat de bedoeling van de wet en het recht in het handelen van toezichthouders en burgers daadwerkelijk tot uiting komt. Tot nu toe is dat in de onderhavige casussen niet gerealiseerd. Lagere rechters hebben de weigering van de toezichthouder om wet en recht te handhaven, goedgekeurd. Ondanks een uitspraak van uw Afdeling in 2016 die de AP verplichtte om één van de casussen beter te onderzoeken, heeft de AP dat niet of nauwelijks gedaan, en weigert nog steeds om te handhaven. Ik hoop dat uw Afdeling daarin met uw komende uitspraken in de onderhavige casussen verandering zal brengen.

Als zou blijken dat uw Afdeling daartoe niet bereid is, dan zou onze rechtsstaat op het gebied van privacy in zeer zwaar weer verkeren, en in feite ophouden als zelfstandige rechtsstaat te bestaan. In dat geval zou alleen een Europese rechtsgang mogelijk enig soelaas kunnen bieden, maar niet voldoende om de Nederlandse rechtsstaat als *zelfstandige* entiteit op dit punt nog te kunnen redden.



### 3.4 Grondrecht op bewegingsvrijheid met behoud van privacy

Bij het vraagstuk van privacy in het OV kunnen verschillende grondrechten in het geding zijn, die verband houden met elkaar. In de vorige paragraaf is onder andere het grondrecht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit ter sprake gekomen, in de context van het grondrecht van Nederlanders op bewegingsvrijheid in relatie tot het grondgebied van hun eigen land.

In deze paragraaf zal ik me richten op drie relevante grondrechten;

- a) Het grondrecht op bewegingsvrijheid; en
- twee onderdelen van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, te weten:
  - b) het grondrecht op eerbiediging van de individuele persoonlijke levenssfeer;
  - c) het grondrecht op eerbiediging van het gezins- en familieleven.

#### 3.4.1 Bewegingsvrijheid in relatie tot privacy: infrastructuur voor vrijheid

##### Vier basisprincipes

Privacy (de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van mensen) kan worden gerealiseerd door middel van de toepassing van de volgende vier basisprincipes:

(1) Privacy begint en eindigt bij de bescherming van de privacy van "gewone" **mensen** in hun dagelijkse leven. Het persoonsbegrip is altijd gebaseerd op natuurlijke personen, en kan alleen vandaar worden uitgebreid, bijvoorbeeld met begrippen als "rechtspersoon", "dierenrechten", "collectieve rechten" of "milieurechten". Wellicht ooit zelfs met "rechten van machines".

Het recht, inclusief privacy-recht, gaat altijd over het gedrag van mensen. Met behulp van het recht beogen wij ons eigen gedrag te reguleren, zonder onszelf tot automaten te reduceren. Alleen als we er als mensen in slagen onszelf op een goede, respectvolle manier te reguleren, kunnen we ook de rest van de wereld (het milieu, andere ethnische of sociale groepen) goed behandelen.

(2) Alleen wanneer we de privacy van "gewone" mensen goed beschermen, geven we mensen ook de mogelijkheid om, zonder buitenproportionele persoonlijke risico's, op te staan en een bijdrage aan onze gemeenschap te leveren waarmee zij zich **op positieve wijze onderscheiden**. Bijvoorbeeld als wetenschapper, kunstenaar, onderzoeksjournalist, klokkenluider, politicus of innovatieve ondernemer. De privacy van velen maakt bijzondere prestaties van een veel kleinere groep mogelijk, doordat het hun de mogelijkheid verschaft om minder energie te besteden aan het zelf individueel overleven, en meer energie aan activiteiten in het belang van een groter collectief. Om die reden is privacy **noodzakelijk voor het sociale en economische welzijn van het land**.

(3) Privacy, de bescherming daarvan, en de ervaring van een veilige privé-sfeer, bestaan alleen voor zover ze "**reëel**" zijn, dat wil zeggen voor zover ze niet alleen op papier bestaan, of in mooie toespraken, maar in een op goede informatie gebaseerde, feitelijke ervaring van de betrokkenen. Om dit te realiseren, is het nodig dat individuele mensen daadwerkelijk **controle** hebben over hun eigen persoonsgegevens.

Die controle is er alleen als er wordt voldaan aan twee voorwaarden: a) mensen hebben goed **inzicht** in wat er feitelijk met hun persoonsgegevens gebeurt en kan gebeuren; b) mensen hebben **effectieve zeggenschap** over wat er feitelijk met hun persoonsgegevens gebeurt en kan gebeuren.

Het veel genoemde "eigenaarschap" over gegevens kan een middel zijn om mensen zulke controle te verschaffen. Maar in de kern is het geen kwestie van eigenaarschap, maar van effectieve macht. In een Nederlandse huurwoning voel ik me bijvoorbeeld veiliger dan in een "eigen" huis midden in de jungle.

(4) Om mensen controle over hun eigen persoonsgegevens te verschaffen, is het principe van **data-minimalisatie** cruciaal. Zonder hun vrijwillige instemming mogen hun persoonsgegevens alleen door anderen worden verwerkt, indien dat echt nodig is ("Nee, tenzij", en niet "Ja, mits"). Alle andere regels met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens zijn een uitwerking van de aspecten van dit onontbeerlijke principe. Bijvoorbeeld: subsidiariteit; het vereiste van een wettelijke grondslag voor de verwerking; proportionaliteit; aantoonbaarheid (art. 5 lid 2 AVG).

Dit laatste basisprincipe leidt onmiddellijk tot de vraag: "wat is dan, in een concrete situatie, **echt nodig** om dit principe te realiseren?"

#### **Infrastructuur met privacy-portabiliteit**

Een eerste antwoord op die vraag is dat er een adequate vervoersinfrastructuur nodig is. Mensenrechten, inclusief het recht op privacy, krijgen alleen materiële inhoud dankzij **infrastructuur**. De democratische rechtsstaat moet in dit opzicht gezien worden als een voorbeeld van infrastructuur. In een Hobbesiaanse jungle (een strijd van allen tegen allen) kunnen mensenrechten niet bestaan. Hobbes realiseerde zich vier eeuwen geleden dat in zo'n jungle het idee "vrijheid" zijn betekenis zou verliezen. Na de Tweede Wereldoorlog werd de democratische rechtsstaat regelmatig betiteld als een "infrastructuur voor vrijheid". Thans, in de eerste kwart van de eenentwintigste eeuw, moet worden geconstateerd dat in zo'n Hobbesiaanse jungle ook het idee "privacy" zijn betekenis zou verliezen, en dat de democratische rechtsstaat om die reden ook moet functioneren als een "infrastructuur voor privacy".

Infrastructuur heeft altijd twee elementen: **materiële voorzieningen** en de manier waarop mensen zich hebben **georganiseerd**. Informatietechniek (IT) is uiteindelijk niet meer dan een middel om die twee elementen te administreren, zoals geld uiteindelijk niet meer is dan een administratiemiddel voor handel waarbij gebruik wordt gemaakt van het creëren van schulden en opeisbare tegoeden.

Het **openbaar vervoer** moet daarom gezien worden als een **infrastructuur ten behoeve van het realiseren van vrijheid**, in de vorm van een **voorziening voor reisbewegingen met privacy**. Met andere woorden: zonder privacy is er geen OV. Er is dan alleen SV: Staatsgecontroleerd Vervoer.

Met andere woorden: een door de staat gewaarborgde voorziening voor reisbewegingen met privacy is **nodig in een democratische rechtsstaat**, zoals bedoeld in artikel 8 lid 2 EVRM.

Kenmerk van zo'n infrastructuur is dat die voorziet in **privacy-portabiliteit**, dat wil zeggen dat de infrastructuur zo is ingericht dat reizigers kunnen overstappen tussen vervoermiddelen, ad hoc of gepland, zonder aantasting van hun privacy, d.w.z. zonder dat daarbij of daarvoor hun persoonsgegevens (hoeven te) worden verzameld - zoals tot 2014 in Nederland het geval was.

### 3.4.2 Bewegingsvrijheid in relatie tot eerbiediging gezinsleven: materiële grondrechten

Het grondrecht op bewegingsvrijheid en het grondrecht op eerbiediging van het gezins- en familieleden raken elkaar in situaties waarin gezins- of familieleden genoodzaakt zijn op afstand van elkaar te wonen.

Als ze op loopafstand van elkaar wonen, dan vereist het grondrecht op eerbiediging van het gezins- en familieleden dat de staat de betreffende personen toestaat om zich al lopend naar elkaar toe te bewegen.

Als ze op grote afstand van elkaar wonen, dan vereist het grondrecht op eerbiediging van het gezins- en familieleden dat de staat hen toestaat om van bestaande vervoersvoorzieningen gebruik te maken, waaronder in ieder geval het openbaar vervoer.

Zoals eerder vermeld, bevind ik me in de situatie dat ik ouderlijke zorg draag voor een kind dat op grote afstand van mij woont, namelijk in Finland. Hieruit volgt dat de Nederlandse staat mijn grondrecht op een gezins- en familieleden alleen respecteert als de staat mij toestaat mij naar mijn kind toe te bewegen, zonder daarbij als voorwaarde te stellen dat ik een ander grondrecht inlever, bijvoorbeeld:

- a) mijn grondrecht op privacy;
- b) mijn grondrecht op eerbiediging van mijn lichamelijke integriteit.

#### **Bewegingsvrijheid en eerbiediging gezinsleven zijn materiële grondrechten**

Nu heb ik gemerkt dat de Nederlandse staat en Nederlandse bestuursrechters graag bepaalde grondrechten uithollen en feitelijk van mensen afnemen, door in bepaalde situaties te stellen dat de staat hun dat grondrecht niet formeel ontzegt, ook al creëert de staat tegelijk materiële omstandigheden die het onmogelijk maken het grondrecht uit te oefenen. Met name kwetsbare mensen zonder speciale privileges (geld, relaties, mogelijkheden om op afstand/online te werken) worden van deze inhumane staats- en rechtspraktijken het slachtoffer.

Een recht dat alleen een formeel recht is, maar geen materieel recht, is geen recht. Een "rechtsstaat" die het alleen als haar taak ziet de grondrechten van haar burgers formeel te waarborgen, maar niet materieel, is geen rechtsstaat.

Deze hypocrisie van de Nederlandse staat en Nederlandse bestuursrechters kwam bijvoorbeeld tot uiting in de eerder besproken uitspraak van de voorzieningenrechter op 8 januari 2021 inzake de corona-testplicht. De rechter betoogde dat de Nederlandse staat Nederlanders niet formeel de toegang tot hun eigen land verbiedt, maar formeel alleen een "vervoersvoorwaarde" stelt, inhoudende dat zij hun grondrecht op lichamelijke integriteit "beperkt" moeten laten aantasten. Terecht werd dit door Jeroen Pols en Viruswaarheid aangemerkt als een *fraus legis*.

### 3.4.3 Hoe het grondrecht door middel van materieel recht kan worden beschermd

Behalve de in paragraaf 3.4.1 genoemde infrastructuur met privacy-portabiliteit en de in paragraaf 3.4.2 genoemde materiële opvatting van het grondrecht op bewegingsvrijheid met privacy, is voorts nodig dat rechters, waaronder bestuursrechters, in Nederland effectief toepassing geven aan de materiële criteria die worden genoemd in artikel 8 lid 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

In dat artikellid wordt in algemene termen, maar wel limitatief opgesomd in welke gevallen een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van mensen gerechtvaardigd is, en dus ook in welke gevallen die niet gerechtvaardigd is (namelijk: alle niet genoemde gevallen).

De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) kan het EVRM op dit punt niet vervangen, en moet geïnterpreteerd worden in overeenstemming met het EVRM.

#### **Ontwijking door Nederlandse rechters van het doel van artikel 8 EVRM**

Nederlandse bestuursrechters bedienen zich helaas vaak van twee instrumenten om de materiële werkingskracht van het EVRM en andere wetten terzijde te schuiven:

- a) het idee van "marginale toetsing";
- b) het door het Europese Hof voor de Mensenrechten (EHRM) geïntroduceerde idee van een "bestuurlijke beoordelingsmarge" ("margin of appreciation") voor EU-lidstaten. Van belang hierbij is dat er voor bestuursrechters geen wettelijke plicht bestaat deze twee ideeën in te zetten als excuus om de rechten van gewone mensen in Nederland niet langer te beschermen.

Het idee van "marginale toetsing" behelst geen plicht om weg te kijken terwijl de privacy van OV-reizigers om zeep wordt geholpen. Het idee van een "bestuurlijke beoordelingsmarge" behelst geen plicht voor Nederlandse bestuursrechters om de Nederlandse rechtsstaat stilletjes te ontmantelen en data-rovers in het OV en elders vrij spel te geven. Het is Nederlandse bestuursrechters toegestaan hun eigen functie meer substantie te geven bij het beschermen van burgers.

De belasting die wij, het volk, betalen om bestuursrechters in staat te stellen hun taak goed te vervullen, betalen wij niet om door u overgeleverd te worden aan de haaien.

#### **Ontwijking door Nederlandse rechters van artikel 5 lid 2 AVG**

Hoewel de AVG artikel 8 EVRM niet kan vervangen, geeft de AVG wel een **procedureel antwoord** in artikel 5 lid 2 AVG dat reële bescherming biedt aan het grondrecht op privacy, mits het adequaat wordt toegepast. Dat artikellid legt de **bewijslast** om aan te tonen dat een bepaalde gegevensverwerking nodig is, bij de verwerkingsverantwoordelijke.

Het begint op te vallen dat sommige bestuursrechters weinig onderzoek van de toezichthouder eisen als die een handnavingsverzoek afwijst, maar juist veel onderzoek eisen voordat de toezichthouder handhavend mag optreden.<sup>9</sup> Dit is tegenovergesteld aan de bedoeling van artikel 5 lid 2 AVG. Wanneer de toezichthouder (de AP), ondanks zeer beperkte tijd en middelen, eindelijk een keer opkomt voor privacy-bescherming, creëren bestuursrechters op deze manier een bijna

---

<sup>9</sup> Een voorbeeld is de rechterlijke uitspraak van 23 november 2020 inzake VoetbalTV. ECLI:NL:RBMNE:2020:5111.

onneembare hindernis. Op deze manier zal, gezien het reële krachtenveld, een reële privacy-bescherming nooit van de grond komen.

In de thans voorliggende casussen heb ik de lagere rechter dit ook zien doen. De rechtbank is er ten onrechte van uitgegaan dat wat de verwerkingsverantwoordelijken zeggen, klopt, tenzij de betrokkene (het data-subject) het tegendeel aantoont. Artikel 5 lid 2 AVG is op deze manier betekenisloos gemaakt, en het doel van de wet, reële privacy-bescherming, is effectief genegeerd.

Bij privacy in tijden van digitalisering gaat het om een relatief jong rechtsgebied. De opbouw van integrale kennis en jurisprudentie op dit gebied is een iteratief proces. Dat heb ik zelf de afgelopen zesentwintig jaar ook ervaren.

Het zou zeer te respecteren zijn als uw Afdeling ook na de geplande zitting op 8 februari a.s. (waarvoor ik zoals gezegd helaas verhinderd ben) nog aanleiding zou zien de zaak nader te analyseren en daarbij vragen te stellen aan de procespartijen.

In dat geval blijf ik graag voor uw Afdeling beschikbaar om, op gelijke voet met de andere procespartijen, eventuele nadere vragen van uw kant te beantwoorden.

### 3.5 Conclusie: twijfel aan zinvolheid van beroep op de rechter

**(1)** Er bestaan twee soorten taboes: handelingstaboes en benoemingstaboes. Een handelingstaboe is een stilzwijgend, sociaal verbod om op een bepaalde wijze te handelen. Een benoemingstaboe is een handelingstaboe dat betrekking heeft op een stilzwijgend, sociaal verbod om bepaalde zaken (duidelijk) te benoemen. Het benoemen van die zaken wordt opgevat als een verboden handeling, vanuit het stilzwijgende besef dat spreken en zwijgen altijd ook handelingen zijn.

Door tegenover uw Afdeling in twijfel te trekken of de Nederlandse rechtsstaat feitelijk bestaat, doorbreek ik een benoemingstaboe. Want tijdens rechtszaken wordt de juridische fictie in stand gehouden dat onze rechtsstaat bestaat. Dat is niet voor niets. Net als geld, net als banken, en net als de staat, verliest ook de rechtsstaat zijn realiteit als er niet meer in wordt geloofd.

Als men niet meer in de soliditeit van banken gelooft, ontstaat er een "run" op de banken en gaan ze onderuit. Als men niet meer in de waarde van geld gelooft, ontstaat er ruilhandel in natura en laat men bankbiljetten links liggen. Als men niet meer gelooft in de macht van de staat, ontstaat er anarchie. Als men niet meer gelooft in de rechtsstaat, leidt dat tot rechteloosheid, willekeur en machtsmisbruik. Er zijn op zich dus goede redenen om in de rechtsstaat te blijven geloven.

Maar die redenen vervallen als rechters zelf geen blijk meer geven van een reëel geloof in de rechtsstaat, waarvoor ze bereid zijn offers te brengen. Hiervoor, in paragraaf 3.3, heb ik aan de hand van twee casussen geïllustreerd hoe lagere rechters er met hun uitspraken (een vorm van handelen) blijk van gaven niet meer echt in de rechtsstaat te geloven, althans niet voldoende om daarvoor het offer te brengen dat van een rechter mag worden verwacht, namelijk het offer waarbij de rechter de goedkeuring van machthebbers en van het volk verzaakt omwille van zijn mogelijkheid om recht te doen.

**(2)** Ik wil in dit verband de aandacht van uw Afdeling vragen voor de film *Porte aperte* (Gianni Amelio, 1990; ooit opgenomen in de NRC handelsblad Filmselectie en bekroond met prijzen; en gebaseerd op ware gebeurtenissen). Het zien van deze film zou verplicht moeten worden gesteld in elke opleiding tot rechter, en ook na elke tien jaar uitoefening van het rechterlijke ambt.

In de film, die zich afspeelt in het Italië onder het fascistische bewind van Mussolini, staat een rechter tegenover een drievoudige moordenaar die terecht staat. De moordenaar ontkent zijn daad niet, en het staat aan het begin van de film al vast dat hij de doodstraf zal krijgen. Door maatschappelijke corruptie die plaatsvond ten tijde van het fascistische regime, had de moordenaar voorafgaand aan zijn daad zijn toekomstperspectief verloren en had vervolgens wraak genomen op degenen die hij aanwees als meest directe schuldigen voor zijn eigen lot.

De stilzwijgende strijd die zich tussen rechter en moordenaar afspeelt, is dat de rechter met zijn eigen voorbeeld, namelijk onkreukbaarheid en eerlijke rechtspraak, wil laten zien dat de rechtsstaat nog bestaat, terwijl de moordenaar de rechter ervan wil overtuigen dat de rechtsstaat niet werkelijk bestaat. De rechter stelt indringende vragen over de toedracht van de zaak, die maatschappelijke corruptie blootleggen, maar dat bevalt de moordenaar niet. Want hij wil aan de rechter, dat wil zeggen aan de enige persoon die hij nog enigszins serieus neemt, laten zien dat de staat en de maatschappij zo corrupt waren dat hem geen andere uitweg restte dan het plegen van

zijn moorden. Daarom kiest de moordenaar partij voor het volk, dat populistisch eist dat: a) de rechter stopt met het stellen van lastige vragen die maatschappelijke corruptie onder het populistische regime blootleggen; en b) dat de moordenaar zo snel mogelijk de doodstraf krijgt.

Gaandeweg wordt de overeenkomst tussen rechter en moordenaar steeds duidelijker: beiden geloven zij niet meer in de populistische façade, waarin het recht wordt nagespeeld als een rituele dans met plechtstatige gezichten, fraaie toga's en gerechtsgebouwen met zuilengalerijen. Hoewel de rechter en de moordenaar uit de loosheid van de façade heel verschillende conclusies trekken (de één probeert het materiële recht waar mogelijk te herstellen, de ander heeft cynisch en woedend drie moorden gepleegd), herkennen zij in elkaar stilzwijgend en zonder *wederzijdse* erkenning toch de bereidheid om een bepaalde realiteit onder ogen te zien.

**(3)** Beiden doorbreken zij de taboes die inherent zijn in de façade, al doen zij dat op heel verschillende manieren: de rechter door vragen te stellen die politiek en sociaal onwelgevallig zijn, de moordenaar door zijn moorden te plegen. Uiteindelijk is niet alleen het bewind, maar ook een populistisch deel van het volk, de "mob", vooral de rechter vijandig gezind. Want zijn scherpzinnige vragen over de toedracht van de moorden bedreigen de hypocriete gevestigde orde van dat moment nog meer dan de gepleegde moorden zelf.

Aan het eind van de film blijkt dat de rechter consequenties ondervindt als gevolg van het stellen van zijn scherpzinnige vragen, waarmee hij impliciet overwegingen heeft aangedragen op grond waarvan de jury een ander oordeel heeft geveld. De rechter wordt op een zijspoor gezet en naar klein plaatsje in de bergen verbannen. Ook vraagt hij zich af of het zinloos was dat hij heeft geprobeerd werkelijk recht te spreken: "Maak u geen illusies. Van ons vonnis blijft niets over."

Hij krijgt daarover feedback van één van de juryleden: "Als je een wijnstok ontwortelt, sterk en volwassen, blijft er altijd een stukje wortel achter. De tijd verstrijkt, je vergeet het helemaal... en ineens zie je een nieuwe opkomen." Ik zag de film voor het eerst eind 2018/begin 2019 en hij heeft me geholpen om, ondanks de situatie in Nederland en elders, niet cynisch te worden.

**(4)** De vraag is nu of de leden van uw Afdeling dezelfde rechterlijke kwaliteiten willen belichamen als die van de hoofdpersoon in deze film, en een uitspraak willen doen die de kwaliteit heeft van een "sterke en volwassen wijnstok". Dat zou ook betekenen dat u in beginsel bereid zou zijn hetzelfde offer te brengen als die rechter van ruim zeventig jaar geleden, namelijk het verlies van de welwillendheid en goedkeuring van machthebbers en van het volk.

Dat is namelijk de betekenis van "rechterlijke onafhankelijkheid".

**(5)** Nu zou u mij kunnen tegenwerpen dat er in Nederland, anders dan in die film, tegenwoordig geen sprake is van een fascistisch bewind. Maar het gaat hier niet om de vraag of er sprake is van een "fascistisch", een "sociaal-democratisch", een "Christelijk", een "groen" of een "liberaal" bewind. Achter die woorden kan van alles schuilgaan. Het gaat hier om de vraag of de grondrechten van mensen door het betreffende bewind materieel (feitelijk) worden geëerbiedigd en beschermd. Als dat, zoals in de onderhavige casussen, niet het geval is, terwijl de rechtsstaat uiterlijk, in formele zin, nog wel bestaat, dan wordt de vraag naar de gewetensvolheid en onafhankelijkheid van de rechter zeer belangrijk.

**(6)** Ik spreek openlijk mijn onzekerheid (d.w.z. twijfel en ongerustheid) uit of de leden van uw Afdeling bereid zijn de voor een rechtsstaat noodzakelijke onafhankelijkheid te belichamen. Die twijfel en ongerustheid is oprecht, en vloeit voort uit dezelfde bron als de twijfel van de rechter aan het eind van de genoemde film *Porte Aperte*. Het is niet bedoeld als een belediging. Als uit uw uitspraken in de onderhavige zaken straks blijkt dat mijn ongerustheid in dit geval niet nodig was, zal ik dat ruiterlijk toegeven.

**(7)** Maar zelfs als de uitspraken van uw Afdeling straks een bevestiging vormen voor het bestaan van de rechtsstaat, dan nog zal de lijdensweg die ik de afgelopen zes jaar in diverse juridische procedures heb moeten afleggen om uw Afdeling überhaupt (opnieuw) te bereiken, ernstige schade hebben toegebracht aan mijn vertrouwen in (het bestaan van) een functionerende Nederlandse rechtsstaat.

Immers, een rechtsstaat waarin alleen zeer volhardende burgers die over speciale vaardigheden en eigen juridische kennis beschikken of bepaalde financiële risico's kunnen nemen, kunnen bereiken dat hun grondrechten na een lange onderbreking uiteindelijk weer gerespecteerd worden - dat is hooguit een rechtsstaat voor een elite, maar niet één voor het hele volk. Dat is dus geen rechtsstaat.



## **4 Reactie op onderdelen van inbreng van NS en Connexion**

Voor zover nodig, zal ik in deze paragraaf ingaan op de inbreng van NS en Connexion naar aanleiding van mijn onderhavige hoger-beroepen.

### **4.1 Reactie op inbreng NS**

In een door mij op 10 december 2019 ontvangen "Schriftelijke toelichting" van NS Groep N.V. en NS Reizigers B.V., brengt NS een aantal zaken naar voren. Ik zal hier reageren met verwijzing naar de randnummers in de uiteenzetting van NS.

Dat ik sommige inbreng van NS hier niet, of niet opnieuw bespreek, wil niet zeggen dat ik daarmee zou instemmen. Waar ik de inbreng wel bespreek, is dat in aanvulling op mijn eerdere inbreng, niet ter vervanging daarvan.

#### Ad randnummers 3.1 t/m 3.5

NS geeft hier aan moeite te hebben met de complexiteit van het dossier en de materie. Ook wil NS graag dat uw Afdeling voorbij gaat aan hetgeen ik heb ingebracht in de eerste procedures die met betrekking tot de onderhavige zaak zijn gevoerd.

Ik ben het met NS eens dat de inmiddels gegroeide complexiteit van het dossier veel van de procespartijen vergt - ook van mij. Maar ik wijs er daarbij op dat deze complexiteit vooral het gevolg is van allerlei argumenten die NS zelf naar voren heeft gebracht, en van de manieren waarop NS, in samenwerking met andere organisaties, jarenlang heeft toegewerkt naar het op slinkse wijze afschaffen van de privacy in het Nederlandse OV.

Als NS er simpelweg voor gekozen had mij ook na 2014 de mogelijkheid te blijven bieden om met privacy per trein te reizen, dan was deze complexe casus er niet geweest.

Ik zie dan ook geen aanleiding om op arbitraire wijze sommige processtukken buiten beschouwing te laten. Dit temeer omdat mijn processtukken een heldere analyse van de zaak bevatten en duidelijk verwoord en gestructureerd zijn.

#### Ad randnummers 3.6 t/m 3.11

Hier noemt NS onder het kopje "verwerkingsgrondslagen" een aantal wetten, ministeriële regelingen en eigen beleidsregels en convenanten, die ik al eerder heb besproken. Ik wijs er ten overvloede op dat dit geen verwerkingsgrondslagen zijn in de zin van de AVG.

#### Ad randnummers 3.12 en 4.10

Hier noemt NS de verwerkingsgrondslag van artikel 8, onderdeel b, Wbp (thans: artikel 6, lid 1, onder b, AVG; "noodzaak ten behoeve van uitvoering contract"). Ik heb deze vermeende verwerkingsgrondslag in mijn hoger-beroep en het daaraan voorafgaande beroep reeds uitvoerig besproken.

#### Ad randnummers 3.13 en 3.14

Hier brengt NS naar voren ook een gerechtvaardigd belang te hebben in de zin van artikel 8, onder f, Wbp ("gerechtvaardigd belang"). Ik verzoek uw Afdeling dit door NS vermeende belang buiten beschouwing te laten voor zover NS dit niet eerder heeft aangevoerd in haar beantwoording van de vragen van de AP (toen nog: CBP) in de primaire of bezwaarfase naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek.

Het achteraf "erbij zoeken van een nieuwe grondslag voor het geval dat de eerder aangevoerde grondslag juridisch niet door de beugel kan" is een vorm van *fraus legis*. Het moet niet geacht te worden betrekking te hebben op het werkelijke belang dat NS met de invoering van de privacy-schendende maatregelen beoogde te dienen.

Het lijkt erop dat vervoerbedrijven (net als talrijke andere bedrijven) grootschalig misbruik proberen te maken van de vaagheid van deze wettelijke grondslag. Deze grondslag was oorspronkelijk bedoeld als vangnetbepaling, en niet als vrijbrief voor een willekeurige verzameling van persoonsgegevens voor willekeurige doelen.

NS heeft zelf zonder noodzaak gekozen om een privacy-schendend OV-chipkaart-systeem in te voeren. Het feit dat NS dit systeem op eigen verantwoordelijkheid heeft ingevoerd, kan op zichzelf geen rechtvaardiging vormen, in de vorm van een voldongen feit, voor enige verwerking van persoonsgegevens. In plaats daarvan zou rechterlijk getoetst moeten worden of er überhaupt een noodzaak was dit systeem in te voeren - ondanks de destijds reeds bekende privacy-gebreken, en of er een noodzaak was om in 2014 andere, privacy-vriendelijke betalingsmogelijkheden te beëindigen zonder een privacy-vriendelijk alternatief aan te bieden.

#### Ad randnummers 4.7 en 4.8

NS stelt hier dat het aanbieden van het Voordeelurenabonnement (VDU-abonnement) een efficiënt en effectief gebruik van het spoorwegennetwerk mogelijk maakt. Voorafgaand aan 2014 bestond het VDU-abonnement echter ook al, en wel in een privacy-vriendelijke vorm waarbij mijn reisbewegingen niet werden geregistreerd. Het Nationale Mobiliteitsbeleid verzet zich niet tegen privacy-vriendelijke VDU-abonnementen. Bovendien, als het Nationale Mobiliteitsbeleid zich daar wel tegen zou verzetten, dan zou het Nationale Mobiliteitsbeleid in strijd zijn met Europese privacy-regelgeving waaraan in Nederland rechtstreeks moet worden getoetst, en dus op dat punt onverbindend moeten worden verklaard.

Ook voorafgaand aan 2014 was er een GTBV-regeling, waarbij alleen de vertraagde reis hoefde te worden vermeld, onder overlegging van een treinkaartje van die datum. NS maakt niet duidelijk waarom de verwerking van persoonsgegevens over al mijn reisbewegingen noodzakelijk zou zijn voor het terugvragen van geld bij incidentele, vertraagde reizen.

#### Ad randnummers 4.11 t/m 4.14

NS lijkt aan te willen voeren dat het spoorwegennetwerk alleen efficiënt en effectief benut kan worden door middel van een privacy-schendend systeem, bijvoorbeeld het OV-chipkaart-systeem.

NS heeft dat gedurende alle procedures nog nooit onderbouwd. Gepersonaliseerde kortingsabonnementen kunnen ook worden verstrekt zonder de registratie van persoonlijke reisbewegingen van de abonneementhouders. Dit gebeurde voorafgaand aan 2014 ook en kan nog steeds.

Onder randnummer 4.13 brengt NS de opvatting naar voren dat OV-bedrijven niet gehouden zijn om hun bedrijfsvoeringsprocessen zo in te richten dat zo min mogelijk [persoons]gegevens worden verwerkt. Kennelijk is NS het beginsel van "data-minimalisatie" vergeten, dat zowel in de Wbp als in de AVG is vastgelegd - onder andere via het subsidiariteitsbeginsel.

Ad 4.14: De NS heeft de omschrijving van het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verzameld, in de loop der tijd op verschillende wijzen omschreven. Aanvankelijk gaf NS zelfs aan helemaal niet geïnteresseerd te zijn in die persoonsgegevens ("onnodige bijvangst"). Op deze wijze voldoet de NS niet aan de criteria "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven" en wekt de schijn dat het werkelijke doel niet overeenkomt met het door NS aangegeven doel.

Een "efficiënte, effectieve benutting van het spoor" is op zichzelf een gerechtvaardigd doel, maar NS heeft niet aannemelijk gemaakt dat dit doel alleen bereikt zou kunnen worden door de privacy van alle treinreizigers structureel te schenden. Het tegengaan van overbevolking of juist van vergrijzing in Nederland is ook een gerechtvaardigd doel. Toch geeft dat de Nederlandse overheid of Nederlandse bedrijven niet het recht zonder toestemming van betrokkenen te monitoren welke Nederlanders op welke tijdstippen met elkaar vrijen, om ze op die manier "gepersonaliseerde aanbiedingen" te kunnen doen.

#### Ad randnummers 4:16 en 4:18.

NS beroept zich hier op "extra kosten" die tot medio 2014 volstrekt normaal waren, bijvoorbeeld het periodiek verstrekken van een nieuwe zichtkaart. NS heeft zelf eerst de dienstverlening zodanig "aangepast" dat er geen privacy meer was, en klaagt nu dat het te duur zou zijn om dat te corrigeren. Bovendien heeft NS niet inzichtelijk gemaakt welke kosten het OV-chipkaart-systeem met zich meebrengt. Digitale systemen zijn notoir duur.

Daar komt bij dat in een democratische rechtsstaat bepaalde eisen gesteld worden aan overheden, bedrijven en burgers, waarbij het voldoen aan die eisen geld kost. Het respecteren van grondrechten kost op individueel niveau soms geld, maar levert de maatschappij als geheel en via die weg ook aan individuen enorm veel geld op. NS probeert de kosten van de rechtsstaat af te wentelen op anderen (in de vorm van privacy-verlies), ten koste van de toekomst van de rechtsstaat, maar wil ondertussen wel te profiteren van de opbrengsten van de huidige rechtsstaat (voor zover het bestaan daarvan aan NS voordeel biedt).

Het doet denken aan het bezwaar dat sommigen hebben tegen de Nederlandse bijdrage aan de EU. Zeer kortzichtig en benepen-egoïstisch. Een gebrek aan welbegrepen eigenbelang van NS kan niet dienen als argument waarom NS een grondrecht zou mogen schenden.

Randnummers 4:20 t/m 4:22.

Zie mijn beroepschrift en hoger-beroepschrift voor een faire bespreking van de door mij aangedragen alternatieven. Ik heb alternatieven aangegeven die niet tot "wachtrijen" of "inzet van extra personeel" zouden leiden.

Ad randnummers 4.23 t/m 4:25

Ik heb aangegeven waarom er, in tegenstelling tot wat NS en de rechtbank beweren, sinds de afschaffing van papieren kaartjes geen voldoende laagdrempelig alternatief bestaat voor de gepersonaliseerde, niet-anonieme OV-chipkaart. Ik heb ook beschreven hoe de rechtbank mijn argumenten verkeerd weergeeft, ontwijkt en bagatelliseert.

Ad randnummers 4.26 t/m 4.30

In reactie op mijn constatering ten aanzien van de jarenlange misleiding, gepleegd door NS en gedoogd door de AP, waarbij aan treinreizigers werd voorgespiegeld dat ze met privacy konden reizen door een "anonieme OV-chipkaart" te gebruiken, weet NS niets beters naar voren te brengen dan de bewering: "Het OV-chipkaartsysteem is tot stand gekomen na een langdurig en zorgvuldig proces, waarin veel gewicht werd toegekend aan de privacybelangen van reizigers."

Vervolgens noemt NS een groot aantal bedrijven en instanties die bij dat proces "waren betrokken", alsof dat een bewijs zou zijn voor een zorgvuldig proces. Ik heb in mijn analyse d.d. 7 oktober 2019 naar aanleiding van mijn deelname aan een gesprek met de commissie Infrastructuur en Waterstaat van de Tweede Kamer, zichtbaar gemaakt dat geen van die bedrijven en instanties een voorstander was van behoud van het grondrecht van reizigers op privacy.

Voor het overige verwijs ik naar wat ik in mijn beroepschriften en hoger beroepschriften over de technische aspecten van het OV-chipkaart-systeem heb gezegd, met verwijzing naar de bevindingen van deskundigen.

## 4.2 Reactie op inbreng Connexxion

In een reactie d.d. 29 april 2020, bij uw Afdeling ingekomen op 30 april 2020, reageert de gemachtigde van Connexxion op mijn hoger beroep. Ik zal hier reageren met verwijzing naar de randnummers in de uiteenzetting van Connexxion.

Dat ik sommige inbreng van Connexxion hier niet, of niet opnieuw bespreek, wil niet zeggen dat ik daarmee zou instemmen. Waar ik de inbreng wel bespreek, is dat in aanvulling op mijn eerdere inbreng, niet ter vervanging daarvan.

### Ad randnummers 2.1 en 3.10

Connexxion stelt dat het "op verschillende locaties in de regio Arnhem-Nijmegen" mogelijk is om een OV-chipkaart met contant geld op te laden of losse vervoerbewijzen aan te schaffen. Ik wijs erop dat dit misleidend is, om de volgende redenen:

- a) Op het moment dat ik de betalingsmogelijkheden onderzocht, bleek dat er in mijn gehele woonplaats Arnhem maar één plek was waar ik met contant geld kon betalen voor een anoniem los vervoerbewijs (zie bezwaarschrift d.d. 30 januari 2019, paragraaf 2.1.7).
- b) inmiddels is duidelijk dat ook zg. "anonieme OV-chipkaarten" niet werkelijk anoniem zijn, maar dat mijn reisbewegingen per bus ook via deze kaarten geregistreerd worden.

### Ad randnummers 2.3 t/m 2.5

Connexxion verwijst hier naar het besluit van een conglomeraat van overheden en vervoerbedrijven om contant geld volledig uit te bannen uit het Nederlandse openbaar vervoer. Een dergelijk arbitrair besluit vormt geen wettige grondslag voor het aantasten van de privacy voor alle Nederlandse busreizigers. Ik heb in mijn bezwaarschrift, beroepschrift en hoger-beroepschrift onderbouwd waarom een dergelijke generieke maatregel niet nodig is met het oog op de veiligheid, en waarom de effectiviteit van de maatregel ook niet aannemelijk is gemaakt.

### Ad randnummer 3.3

Connexxion noemt hier als "gerechtvaardigd doel" het volgende doel: "het faciliteren van de kaartverkoop in de bus alsmede het aanbieden van veilig openbaar vervoer". Connexxion heeft niet aannemelijk gemaakt, laat staan aangetoond, dat deze doelen alleen bereikt zouden kunnen worden op een privacy-schendende manier (verwerking van persoonsgegevens van reizigers). Op deze manier voldoet Connexxion niet aan artikel 5 lid 2 AVG ("aantonbaarheidsplicht").

### Ad randnummer 3.8

Connexxion schrijft hier: *"Een andere methode om vervoersbewijzen aan te bieden én tegelijkertijd de veiligheid in de bus te waarborgen is redelijkerwijs niet mogelijk. Het feit dat Connexxion in theorie ook contant geld zou kunnen accepteren in de bus, betekent niet dat zij hiertoe verplicht kan worden. Het gaat erom of dit nog redelijk is om van de verwerkingsverantwoordelijke te verlangen. Dat is niet het geval."*

In reactie daarop wil ik het volgende naar voren brengen:

- a) Connexxion onderbouwt niet waarom een andere methode "redelijkerwijs niet mogelijk" zou zijn. Vele tientallen jaren lang was een andere methode "redelijkerwijs wel mogelijk" en werd ook toegepast. Waarom nu opeens niet meer? De cijfers wijzen erop dat het aantal incidenten al dalende was voordat contant geld op deze wijze uit de bus werd geweerd. Connexxion heeft geen landelijke en al helemaal geen regionale cijfers aangeleverd over veiligheidsincidenten die verband hielden met de aanwezigheid van contant geld in een bus.
- b) Connexxion kan wèl verplicht worden om een betalingsmethode beschikbaar te stellen die de privacy respecteert - als we tenminste in een rechtsstaat leven. Immers, er is een wet die dat voorschrijft (de AVG) en ook een verdrag dat dat voorschrijft (het EVRM). Als Connexxion, of het conglomeraat van bedrijven en overheden waarbij Connexxion zich heeft aangesloten, daarentegen in de praktijk boven de wet staat, dan wordt het anders. Maar dan leven we dus niet meer in een rechtsstaat.
- c) Vele tientallen jaren deed Connexxion iets, namelijk contante betaling in de bus accepteren, waarvan Connexxion nu opeens, sinds 2018, vindt dat het "niet redelijk is om dat van Connexxion te verlangen". Connexxion onderbouwt op geen enkele wijze waarom er nu omstandigheden zouden zijn die iets wat tientallen jaren niet alleen redelijk was, maar ook volstrekt normaal, opeens onredelijk zouden maken.

#### Ad randnummer 3.10

Connexxion verwijst hier naar het beweerde alternatief om saldo te laden op een "niet op naam gestelde OV-chipkaart". Dit is wat tot voor kort de "anonieme OV-chipkaart" werd genoemd, maar na door mij via een rechtszaak afgedwongen onthullingen nu steeds vaker anders wordt genoemd. Deze kaart biedt geen privacy. Transacties (inchecken en uitchecken met deze kaart) worden geregistreerd in de back-office van het bedrijf Translink Systems.

Zie voorts mijn commentaar bij randnummer 2.1 van de reactie van Connexxion.

#### Ad randnummer 3.11

Connexxion schuift hier de verantwoordelijkheid om te zorgen voor privacy-vriendelijke betalingsmogelijkheden af op een andere organisatie, namelijk de stadsregio Arnhem-Nijmegen. Dat is onjuist. Connexxion is de partij die mij verplicht om mijn persoonsgegevens te laten verwerken wanneer ik met de bus reis. Daarmee is Connexxion de "verwerkingsverantwoordelijke" zoals bedoeld in artikel 4 AVG.

Sinds ongeveer honderd jaar geleden was het overal in Nederland mogelijk om bij elke halte de bus in te stappen en daar privacy-vriendelijk te betalen voor de rit. Dat reizigersgemak en die reizigersveiligheid was een vitaal onderdeel van het openbaar busvervoer. Het is onredelijk bezwarend om van reizigers te verlangen dat ze op één punt in de hele stad voorraden buskaartjes kopen. Zorg dan op zijn minst dat er in iedere stadswijk een kiosk of Bruna-winkel of supermarkt is waar dat kan. Waarom neemt Connexxion daarvoor geen verantwoordelijkheid?

### Ad randnummer 4.3

Connexxion verwacht hier twee vragen. Namelijk ten eerste de vraag of het Connexxion vrij staat willekeurige vormen van persoonsgegevensverwerking in zijn algemene voorwaarden (een pseudo-"contract" dat reizigers niet uit vrije wil aangaan) op te nemen, zonder serieuze onderbouwing waarom dat nodig zou zijn. En ten tweede de vraag of de inhoud van de algemene voorwaarden van Connexxion in dit geval, en op dit punt, een "willekeurige, ongebreidelde verwerking van persoonsgegevens" behelzen.

Ik heb naar voren gebracht dat de opvatting van Connexxion (en van NS, en van de AP) over de voorwaarden die er aan de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 6 lid 1 onder b AVG kunnen worden gesteld, impliceert dat zulke willekeur zou zijn toegestaan, zolang die maar wordt vastgelegd in algemene voorwaarden.

Dat is een belangrijke rechtsvraag. Ik ben het met die opvatting oneens, gezien de eisen die artikel 8 EVRM stelt. Maar als de rechter het daar tot in hoogste instantie wel mee eens zou zijn, is dat een belangrijk gegeven. Want het zou betekenen dat de AVG feitelijk geen enkele bescherming van privacy biedt, zolang bedrijven de verwerking van persoonsgegevens maar in algemene voorwaarden of contracten vastleggen.

De tweede vraag heb ik niet zo beantwoord als Connexxion hier suggereert. Ik heb naar voren gebracht dat een generieke dwang tot verwerking van persoonsgegevens op alle buslijnen in Nederland niet nodig en niet gerechtvaardigd is.

### Ad randnummer 4.4

Connexxion stelt hier dat er geen sprake kan zijn van een "wurgcontract" als alle andere OV-bedrijven hetzelfde doen. Dit is een kinderlijke logica van het niveau van een vierjarige: "Waarom mag ik Anneke niet bijten als Jantje het ook doet?"

### Ad randnummer 5.1

Connexxion stelt hier dat er is voldaan aan artikel 8 EVRM omdat er volgens Connexxion is voldaan aan de bepalingen van de AVG. Daarmee spant Connexxion het paard achter de wagen. Er moet zelfstandig en rechtstreeks getoetst worden of de betreffende, onvrijwillige verwerking van persoonsgegevens voldoet aan artikel 8 EVRM, dat wil zeggen, of die verwerking nodig is in een democratisch land.

Als het zo zou zijn dat de AVG een gegevensverwerking zou toestaan die niet nodig is in een democratisch land, dan moet die gegevensverwerking op grond van artikel 8 EVRM toch als onrechtmatig worden beschouwd - zolang we in Nederland het EVRM althans serieus nemen, en dat verdrag niet onder het vloerkleed schuiven met een beroep op de "margin of appreciation" ("bestuurlijke beoordelingsmarge").

## **5 Verzoek om schriftelijk te mogen reageren op eventuele verweerschriften van de AP**

Met het oog op mijn verhindering voor de geplande zitting op 8 februari a.s., en met het oog op het feit dat ik van de AP op dit moment nog geen verweerschrift ontvangen heb, verzoek ik uw Afdeling om mij in de gelegenheid te stellen schriftelijk op eventuele verweerschriften van de AP te reageren.

Gezien het feit dat de inbreuk op mijn privacy in het OV nu al meer dan zesenhalf jaar duurt, is er objectief gezien geen noodzaak om mij niet nog vier weken tijd te geven om op eventuele verweren van de AP te reageren.

Dit zou eventueel gecombineerd kunnen worden met de schriftelijke beantwoording van vragen die uw Afdeling nog aan alle procespartijen wil stellen, op voor ieder transparante wijze.



## **6 Ondertekening en bijlage**

Met vriendelijke groet,

Michiel Jonker

Bijlage: *De rol van ethiek in rechtspraak*

## Bijlage bij aanvullende motivering d.d. 15 januari 2021

Zaaknrs. ABRS: 2019-07478; 2020-01625; 2020-01626

### De rol van ethiek in rechtspraak (compilatie)

#### Inhoudsopgave:

A: Passages uit *Lof der individualiteit - privacy, connectiviteit en autoritair denken*:<sup>10</sup>

- (1) - paragraaf 4.1: Democratische rechtsstaat voor beginners - zelfbinding en innovatie
- (2) - paragraaf 4.2: Relativering van connectiviteitsambities en verwerping van autoritair denken
- (3) - paragraaf 4.4: (Re)humanisering van het recht als voorwaarde voor rechtsstatelijke toekomst
- (4) - paragraaf 3.3: Autoritair denken en handelen in de rechtspraak
- (5) - paragraaf 3.4: De keuze van uw Afdeling ten aanzien van autoritair denken

B: Passages uit *Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis*:<sup>11</sup>

- (6) - paragraaf 1.1: De vergankelijkheid van de rechtsstaat
- (7) - paragraaf 1.3: Ethische verdediging van de rechtsstaat als optie
- (8) - paragraaf 4.3: Conclusie: ethiek en *framing* in relatie tot rechtspraak

---

<sup>10</sup> Uw zaaknummers: 2020-1625, 2020-1626

<sup>11</sup> Uw zaaknummers: 2019-06880; 2019-07478; 2020-01625; 2020-01629/1

A: Passages uit *Lof der individualiteit - privacy, connectiviteit en autoritair denken* (6 maart 2020)

Uw zaaknummers: 2020-1625, 2020-1629

#### 4.1 Democratische rechtsstaat voor beginners - zelfbinding en innovatie

Natuurlijk ga ik uw Afdeling niet vertellen wat een democratische rechtsstaat is. Maar volledigheidshalve voel ik me toch verplicht hier ten overvloede te verwijzen naar het boekje *De rechtsstaat voor beginners* van Dorien Pessers, hoogleraar rechtsfilosofie en rechtstheorie. Zij voelde zich niet te goed om voor gewone mensen een handzame, inleidende samenvatting te schrijven, in begrijpelijke taal. Zij begint als volgt:

De democratische rechtsstaat is een utopisch Verlichtingsproject dat bijna driehonderd jaar geleden in de studeerkamer van filosofen als een politiek denkmodel werd ontworpen en vervolgens na revoluties werd ingevoerd in Amerikaanse en West-Europese naties. Dat dit model tot zo'n dynamische geschiedenis zou leiden, is niet alleen te danken aan de rationele overtuigingskracht ervan, maar ook en vooral aan de radicale aspiraties die aan het model ten grondslag liggen: vrijheid, gelijkheid, rechtvaardigheid en een leven in menselijke waardigheid. Inmiddels worden overal ter wereld deze aspiraties van de rechtsstaat tot strijdkreet verheven en inspireren ze politieke bewegingen tot opstand en verzet tegen onderdrukking en onmenselijke behandeling.<sup>12</sup>

Ik zou de aandacht van uw Afdeling willen vragen voor de uitdrukking "radicale aspiraties" in bovengenoemd citaat. Ooit was de democratische rechtsstaat een project van en voor radicalen. En is hij dat niet eigenlijk nog steeds? Het kan lonen om af en toe weer met een "*beginner's mind*" naar de democratische rechtsstaat te kijken. Wat was de bedoeling daarvan ook alweer? Waarom hebben mensen hun leven gegeven om hem te realiseren?

Dat was niet om in eindeloze, bureaucratisch-juridische procedures verzeild te raken, waarin rechters, gebruikmakend van een abstract en weinig transparant jargon, de aspiraties van gewone mensen ten aanzien van vrijheid en menselijke waardigheid glimlachend opzij schuiven en onder het vloerkleed vegen.

Pessers onderkent wel degelijk de complexiteit van de situatie, inclusief klasseverschillen en verschillen in opleiding, beschaving enzovoort. Even verderop schrijft zij:

Of neem de vrijheid van het individu, een van de basisprincipes van de rechtsstaat. Het individu is niet in staat om deze vrijheid zelf te garanderen, maar heeft een sterke staat nodig om zijn vrijheid af te dwingen. En wat te denken van een actueel verschijnsel als het populisme? Betekent democratie - de regeringsvorm waartoe de rechtsstaat logischerwijs verplicht - niet dat het volk zelf de politieke soevereiniteit bezit? Dat het volk zelf bepaalt aan welke wetten het zich zal binden? (...) Kennelijk wordt onder volkssoevereiniteit niet de soevereiniteit van het plebs verstaan. De representatieve democratie probeert althans vanouds dat deel van het volk buiten de deur te houden dat armoedig en slecht is opgeleid en dat niet geacht wordt in staat te zijn tot zelfbeheersing en rationele beraadslaging. Dat

---

<sup>12</sup> Dorien Pessers, *De rechtsstaat voor beginners*, Uitgeverij Balans, Amsterdam, 2011, pag. 7.

een democratie niet geregeerd wordt *door* het volk, maar *voor* het volk, was in de negentiende eeuw een algemeen gedeelde overtuiging van de politieke elite. Het systeem van een representatieve democratie berust nog steeds op die overtuiging.<sup>13</sup>

Pessers ziet populisme als een "onvermijdelijk bijproduct" van een dergelijk systeem, en op zijn best ook als een "correctie op een falende representatieve democratie". Zij waarschuwt wel voor populisme met "totalitaire aanspraken":

Dit soort populisme houdt overigens niet per se een bedreiging van de democratie in. De democratie is immers de ruimte van het conflict, de ruimte waar tegengestelde belangen worden behartigd, waar wordt gevochten met woorden in plaats van met wapens. Maar zodra de woorden tot populistische wapens worden die geen ander doel hebben dan de ander te dehumaniseren en tot zwijgen te brengen, dan ondermijnt dit populisme niet alleen de democratie, maar ook de rechtsstaat. De rechtsstaat beoogt immers de ruimte van de eenheid en van de vreedzame gemeenschap te zijn, waar emoties, angsten en fantasieën worden gekanaliseerd en getemperd door het recht dat onder andere maat, evenwicht, proportionaliteit en bovenal goede trouw voorschrijft. De rechtsstaat fungeert daardoor als het normatieve kader van de democratie. De democratie kan veel retorisch geweld verdragen, maar de rechtsstaat kan dat niet. De inzet van de rechtsstaat is daarvoor te hoog. Het gaat in eerste en historische instantie om niet minder dan het bezweren van de angsten voor de onbekende ander en het beteugelen van de agressie die uit die angsten voortkomt. Het mechanisme waarmee de rechtsstaat vrede tussen vreemden tracht te bewerkstelligen is dat van de wederkerigheid.<sup>14</sup>

Ik citeer dit laatste om twee redenen. Ten eerste wil ik aan uw Afdeling laten zien dat ik oog heb voor de complexiteit van de afwegingen die u moet maken, ook in de voorliggende casus. Ik probeer het "populistische gehalte" in mijn communicatie steeds te doseren, met het oog op de constructieve doelen die ik nastreef. Ik onderschrijf wat Pessers zegt: "(...) ook van de burger wordt zelfbinding aan de constitutie gevraagd."<sup>15</sup> Enerzijds wil ik meer verbinding leggen tussen het juridisch discours en de belevingswereld van gewone mensen, anderzijds wil ik op die manier het juridische discours juist beschermen. Met een knipoog in deze tijden van Covid-19 zou u mijn benadering kunnen zien als een poging de rechtsstaat te vaccineren tegen een besmettelijk virus.

Ten tweede wil ik wijzen op de mogelijkheid van een situatie waarin de rechterlijke macht zelf vervreemd is geraakt van een reële vorm van wederkerigheid tussen rechters en rechtzoekenden, waardoor rechters en gewone mensen als "onbekende anderen" tegenover elkaar komen te staan. Een situatie waarin "goede trouw" zijn betekenis verliest, doordat er een gemeenschappelijke taal ontbreekt waarin rechters en gewone mensen zich aan elkaar verstaanbaar zouden kunnen maken - opgesloten als ze zijn in verschillende *bubbles*. Een situatie waarin rechters "evenwicht" zien wanneer zij aan de wensen van hun eigen soort mensen (in het bestuurlijk-rechterlijke circuit) een vele malen groter gewicht toekennen dan aan die van gewone mensen die in hun leven niet te veel "gestoord" willen worden door - en "*van*" - al die ambtenaren, semi-ambtenaren, gehaaide managers, aalgladde woordvoerders, ondoordringbare helpdesks, arrogante bestuurders en... ja, ook rechters.

---

13 Ibid., pp. 8-9.

14 Ibid., pp. 10-11.

15 Ibid., pag. 43.

Natuurlijk kunnen de talrijke invasies in het privéleven van gewone mensen dankzij nieuwe, digitale technieken zodanig worden uitgevoerd en geregistreerd dat ze het *bijna* niet merken, zolang die mensen geen pech hebben en zich conform standaardnormen gedragen. Maar het sleutelwoord is hier "bijna". Men merkt er toch wel iets van, ook al doet men zijn best om dat niet te doen, en daardoor groeit er langzaam onvrede. De listige, onopvallend gepleegde onderwerping van mensen aan allerlei privacy-schendingen waarmee hun individuele veiligheid en vrijheid sluipenderwijs wordt ondermijnd, kan lange tijd "goed" gaan, maar draagt bij aan een proces dat leidt tot een broeierige vulkaan, waarin de druk oploopt.

Dit brengt een risico met zich mee dat door Pessers als volgt wordt benoemd:

Net zoals in het oude regime de koning aan de wet en zijn verbond met het volk was gebonden, zo wordt ook de staat gebonden aan de afspraken die burgers met elkaar en de staat hebben gemaakt. Zodra de staat faalt en dus te kwader trouw handelt, ontstaat er recht van verzet tegen die staat. Het recht op verzet tegen de macht die het vertrouwen schendt, is het eerste recht van vrije burgers.<sup>16</sup>

Aan het eind van haar boek wijst Pessers op wat er nodig is om onze rechtsstaat te redden:

Indien het project van de rechtsstaat wordt voortgezet, zullen de rechtvaardigheidsbeginselen opnieuw geïnnoveerd moeten worden. (...) De natuur, het water, de lucht en het landschap zijn van iedereen en niemand (...). Zij vormen het natuurlijke erfgoed van de mensheid (...). Zij behoren daarom buiten de handel te blijven (...).<sup>17</sup>

Wat Pessers hier niet noemt, is een essentieel onderdeel van de natuur, namelijk de menselijke natuur, die alleen kan overleven als reële privacy blijft bestaan. Wellicht had ze dat wel gedaan als zij haar boek niet in 2011, maar tien jaar later had geschreven.

Er is van de kant van alle drie traditionele machten (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende) grondige innovatie vereist. Als het gaat om rechtvaardigheidsbeginselen, is daarbij voor uw Afdeling een voorname rol weggelegd als één van de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges. Hoe kunt u ervoor zorgen dat in de rechtszaken die door u worden behandeld, weer een werkelijke dialoog plaatsvindt, die (ook in de ogen van gewone mensen) niet is gereduceerd tot een rituele dans in de vorm van een schimmentheater waarin houterige poppen elkaar bestoken met retorische, semi-mystieke standaardformules? Hoe kunt u ervoor zorgen dat gewone mensen weer gaan ervaren dat u, als hoogste rechtscollege, het recht in de praktijk inzet als een schild voor de kwetsbaren, door de wederkerigheid tussen machthebbers en burgers effectief te verdedigen als het gaat om het naleven van het sociale contract?

In de volgende paragraaf zal ik proberen een eerste, simpele aanzet te geven voor beantwoording van die vraag, aan de hand van de voorliggende casus met betrekking tot privacy in het openbaar vervoer.

---

16 Ibid., pp. 37-38.

17 Ibid., pag. 70.

## 4.2 Relativering van connectiviteitsambities en verwerping van autoritair denken

### *Het probleem van dehumanisering van het recht*

In augustus 2016 won een Amerikaanse vrachtwagenchauffeur, Alphonse Maddin, in hoger beroep een rechtszaak tegen zijn ontslag zeven jaar eerder. Destijds was de aanhanger van de vrachtwagen die hij bestuurde, bij een temperatuur van 27°C onder nul stuk gegaan. Urenlang was er geen reparateur gekomen, terwijl de verwarming in de cabine ook was uitgevallen. Uiteindelijk had Maddin, om zijn leven te redden, de aanhanger van zijn vrachtwagen minder dan een half uur alleen gelaten om naar een benzinestation te rijden. Dat was de enige manier om zijn leven te redden en niet in zijn onverwarmde cabine te bevriezen. Maar dat was ook in strijd met de instructies van zijn baas om de lading van de vrachtwagen nooit alleen te laten. Daarom had zijn baas hem na afloop ontslagen. Van de zeven rechters die de zaak behandelden, stelden zes Maddin in het gelijk. De enige rechter die afweek, was Neil Gorsuch, die later door president Trump zou worden benoemd in het Supreme Court van de VS:

While Maddin had largely won because he was deemed justified in putting his safety above the company's instructions, Gorsuch disagreed because the law states that it protects someone refusing to operate their truck, whereas Maddin had in effect refused not to operate it, instead insisting on driving to reach shelter.

Gorsuch, like conservative supreme court justices John Roberts and Samuel Alito, is known as a constructionist – preferring to apply the exact text of a law and avoid interpreting it – and an originalist – a judge who prefers to rely on the US constitution in its original form.

Gorsuch's dissent said it was not the judges' job to decide whether the decision to fire Maddin "was a wise or kind one".

"Our only task is to decide if it was an illegal one .... and ... the law before us protects only employees who refuse to operate vehicles, period," he wrote.

A worker attempting to use a broader interpretation of the law to protect his health and safety was no more a valid legal argument than someone using "an office computer not for work but to compose the great American novel", he wrote, adding: "Good luck."<sup>18</sup>

In het Nederlandse bestuursrecht lijkt de afgelopen twee decennia sprake te zijn geweest van een vergelijkbaar verschijnsel aan dat van het "constructionisme" van zeer rechtse rechters, niet omdat Nederlandse bestuursrechters even "rechts" zouden zijn, maar omdat in veel Nederlandse uitspraken een grote afstand tot uiting komt van het soort interpretatie van wet- en regelgeving die mensen reële bescherming zou bieden. Mogelijk is er de laatste jaren op sommige plekken sprake van een kentering. Maar in de door mij gevoerde privacy-zaken die zijn behandeld door de Rechtbank Gelderland, zie ik een dergelijke kentering nog niet.

---

18 Joanna Walters, "When Neil Gorsuch put corporate interests over a man freezing to death", in: *The Guardian*, 23 maart 2017. <https://www.theguardian.com/law/2017/mar/23/neil-gorsuch-supreme-court-frozen-trucker-alphonse-maddin> (geraadpleegd: 28 februari 2020).

De zaak-Maddin biedt een ethisch aanknopingspunt voor een goede interpretatie van wet- en regelgeving in het thans aan uw Afdeling voorliggende hoger beroep. In de zaak-Maddin waren uiteindelijk de reële omstandigheden en de reële voorwaarden voor de bescherming van een mens doorslaggevend, en niet een abstracte, formalistische interpretatie van de wet, waarmee bepaalde zakelijke belangen van transportbedrijven werden bediend en waarmee rechter Gorsuch zich het welgevallen van president Trump verwierf, hetgeen bevorderlijk was voor zijn verdere carrière.

De dehumanisering die sluipenderwijze in het Nederlandse bestuursrecht normaal is geworden, is niet iets wat zich alleen in het bestuursrecht heeft voorgedaan, en zelfs niet alleen in het recht. Ik lees bijvoorbeeld de volgende aankondiging van een programma van VPRO Tegenlicht over "de stille ramp in de GGZ":

Want hoe zorgen we ervoor dat hulpverleners weer bezig zijn met hulpverlenen in plaats van papierwerk? Hoe komen we af van het stigmatiserende hokjesdenken, en gaan we mensen met een psychische kwetsbaarheid weer zien als individuen, in plaats van als een set diagnoses?<sup>19</sup>

Analoog daaraan zou mijn vraag zijn: *"Hoe zorgen we ervoor dat bestuursrechters weer bezig zijn met rechtspreken in plaats van papierwerk? Hoe komen we af van het ontkennende hokjesdenken, en gaan we mensen die nadeel ondervinden van bestuurlijk handelen weer zien als individuen met rechten, in plaats van als een set belangen die bijna vanzelf als kleiner worden opgevat dan de belangen van overheden met meer macht?"*

De overeenkomst tussen de problemen in de rechtspraak en in andere sectoren is geen toeval, maar een gevolg van de opkomst van neoliberal denken, waarbij de machtsaanspraak van een financiële elite die in dat denken besloten ligt, is vermomd achter een laag zogenaamd "efficiency-denken", inclusief een "trickle-down"-fantasie: de aanname dat de voordelen van die vermeende verbetering van efficiëntie uiteindelijk bij iedereen terecht zouden komen. Sinds de economische crisis van 2008-2011 is het voor veel mensen duidelijk dat dit niet klopt en dat het om een vorm van bluff gaat waarmee neoliberalisten ons maatschappelijke systeem hebben gekaapt en geperverteerd. Helaas is daarbij ook de bestuursrechtspraak niet ongemoeid gebleven.

### ***(Re)humanisering van de rechtspraak***

Als het om privacy en connectiviteit gaat, pleit ik voor een **(re)humanisering van de rechtspraak** in het bestuursrecht. Dit zou onder andere inhouden dat de bestuursrechter:

- kijkt naar het effect van mogelijke uitspraken op de reële bescherming van de privacy van de betreffende burger(s);
- de wet expliciet interpreteert met een bredere blik dan alleen met de vraag voor ogen of de letterlijke tekst van de wet een bepaald overheidsbesluit rechtstreeks verbiedt.

Dat zou onder andere inhouden dat de bestuursrechter:

(....)

---

<sup>19</sup> Aankondiging d.d. 29 februari 2020 van de aflevering "Gewoon gek" van VPRO Tegenlicht, uitgezonden op 1 maart 2020.

Ik besef ten volle dat zo'n (re)humanisering van de rechtspraktijk niet door burgers kan worden afgedwongen in het huidige staats- en rechtsbestel. In dit bestel zijn rechters formeel onafhankelijk van iedereen, en feitelijk in ieder geval onafhankelijk van individuele burgers (maar niet van sommige bestuurlijke machtscentra, hoewel dat wel zou moeten). Dit betekent dat, zolang het huidige bestel voortbestaat, individuele burgers niet in de positie zijn om rechters te dwingen om op een meer rechtsstatelijke wijze recht te spreken. Rechters zijn daardoor in de praktijk vrij om, bijvoorbeeld onder invloed van de wensen van bestuurders, het sociale contract van de rechtsstaat stilletjes ingrijpend te wijzigen, uit te hollen of op belangrijke punten zelfs op te zeggen.

Dit brengt voor het gevestigde bestuur wel het risico met zich mee dat een groot aantal burgers op enig moment wakker wordt en merkt dat ze, in een bestel dat stilzwijgend en geleidelijk in hun nadeel is gewijzigd, "te pakken zijn/worden genomen". Dan kan er op enig moment, naar aanleiding van een "lont in het kruitvat", volkswoede ontstaan, die aangegrepen kan worden door partijen die weinig respect hebben voor het huidige bestel en het wellicht omver willen gooien.

Als dat gebeurt, kan ook de feitelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht verder worden uitgehold of geëlimineerd, en kan ook de formele onafhankelijkheid daarvan in gevaar komen (denk aan Trump; Johnson; Erdogan; Bolsonaro; Orban; Kaczynski; Höcke).

Daarom lijkt het mij, gezien vanuit het perspectief van de voorstanders van behoud van het huidige bestel, verstandiger om de rechtsstaat meer materiële inhoud te geven dan die van een uitgehold, nominaal, formeel bouwsel waaraan burgers op belangrijke punten geen adequate bescherming kunnen ontlenen tegen machtige organisaties (overheden en formeel private organisaties).



#### 4.4 (Re)humanisering van het recht als voorwaarde voor een rechtstatelijke toekomst

In paragraaf 4.1 heb ik, met verwijzing naar het inleidende boekje van Dorien Pessers, gewezen op het belang van het serieus nemen van (de fictie van) het sociale contract voor het behoud van de rechtsstaat. Met instemming heb ik haar conclusie geciteerd: *"Indien het project van de rechtsstaat wordt voortgezet, zullen de rechtvaardigheidsbeginselen opnieuw geïnnoveerd moeten worden."*

In paragraaf 4.2 heb ik betoogd en met een voorbeeld geïllustreerd dat die innovatie een "(re)humanisering" van de rechtspraak moet behelzen. De reden dat ik "(re)" tussen haakjes plaats, is dat ik onvoldoende kennis heb van hoe het in de rechtspraak toeging voorafgaand aan mijn opleiding aan het eind van de jaren negentig van de twintigste eeuw. Is er in Nederland ooit sprake geweest van een werkelijk humane rechtspraktijk, of was er voorafgaand aan het hoogtij van het neoliberalisme ook al sprake van regenteske rechtspraak die alleen in schijn de mensenrechten respecteerde - en in gevallen waarin het, vanwege publiciteit of bepaalde reputaties, echt niet anders kon? Ik weet er te weinig van.

In paragraaf 4.3 heb ik aan de hand van een voorbeeld aanschouwelijk proberen te maken dat connectiviteit in het denken van rechters een vereiste is voor de (re)humanisering van de rechtspraak. Het gaat dan om een vorm van cognitieve connectiviteit, waarbij rechters zaken niet alleen in hun formele samenhang zien, maar vooral ook in hun materiële samenhang. Ik heb artikel 8 EVRM aangevoerd als een voorbeeld van wetgeving die rechters een goed aanknopingspunt biedt om op die manier connectief te denken.

Als we in Nederland en Europa de democratische rechtsstaat willen behouden - het soort rechtsstaat dat in andere delen van de wereld door mensen met hartstochtelijk verlangen wordt nagestreefd en waarvoor ze hun leven op het spel zetten (recentelijk bijvoorbeeld in Hong Kong, Chili en Brazilië en het noordoosten van Syrië) - dan kan dat alleen als de elite aan wiens zorgen het functioneren van de rechtsstaat is toevertrouwd, een nieuwe, serieuzere invulling geeft aan het sociaal contract, waardoor dat ook in de eenentwintigste eeuw weer adequate bescherming gaat bieden aan burgers.

Adequate bescherming van de privacy en het leefmilieu van mensen is daarbij van wezenlijk belang - ook al begrijpt op dit moment nog lang niet elke Nederlandse burger wat daarvoor nodig is, of waarom het loont daarvoor juist nu bepaalde offers te brengen op het gebied van comfort en consumptie.

Die bescherming vergt, voor wat betreft het recht, een (re)humanisering van de rechtspraak, waarbij het van belang is om te beseffen dat inhumaniteit in de rechtspraak lang niet altijd spectaculair hoeft te zijn. De doodstraf, het wegsturen van marteling of het terugsturen van vluchtelingen naar oorlogsgebied of naar een gebied waar ze grote kans lopen door een mafia om het leven te worden gebracht, zijn niet de enig denkbare vormen van inhumane rechtspraak. Het gedogen van het "in de kou zetten" of langzaam "te drogen hangen" van mensen, bijvoorbeeld door ze niet te beschermen tegen de overmacht van overheden of bedrijven die hen incrementeel steeds iets rauwer en respectlozer behandelen, kan ook worden beschouwd als inhumane rechtspraak.

(Re)humanisering van de Nederlandse bestuursrechtspraak, als onderdeel van een bredere (re)humanisering van onze samenleving, kan alleen door Nederlandse bestuursrechters tot stand worden gebracht. In de thans voorliggende casus op het gebied van privacy en openbaar vervoer, probeer ik aan uw Afdeling aanknopingspunten te geven om dat te kunnen doen, door middel van het stellen van een voorbeeld met zowel informele als formele precedentwerking.

### 3.3 Autoritair denken en handelen in de rechtspraak

In deze paragraaf zal ik ingaan op autoritair denken en handelen in de rechtspraak, dat wil zeggen door rechters. Om dat te doen in een (hoger) beroepschrift, is op zijn minst "zeer ongebruikelijk", maar waarschijnlijk raak ik hiermee ook zaken aan die in gerechtelijke procedures in de praktijk als taboe worden behandeld - ook al zullen rechters vinden dat ze in andere situaties, bijvoorbeeld aan de borreltafel of in een filosofisch debat, best mogen worden besproken.

Maar ook als deze zaken in de rechtszaal en in rechterlijke motiveringen als taboe worden behandeld, kan ik er als rechtzoekende in de huidige omstandigheden niet omheen ze toch te noemen, en aan uw Afdeling te verzoeken mijn argumenten op dit punt in overweging te nemen. De eerdergenoemde uitspraken van de Rechtbank Gelderland op 5 september 2019 en 4 februari 2020 hebben me duidelijk gemaakt dat het recht op reële privacy (dus niet slechts privacy op papier) op dit moment alleen adequaat kan worden verdedigd door ook de verwevenheid van de rechtspraak met het vigerende, privacy-schendende complex van overheden en bedrijven bespreekbaar te maken en te problematiseren.

#### 3.3.1 Autoritair denken en voorname mobbing in de rechtszaal

De rechtszaal is de plek waar kan worden opgekomen tegen het creëren van een *out-group* en tegen op buitenstaanders gerichte *mobbing* - voor zover daarbij grondrechten van die buitenstaanders in het geding zijn. Bijvoorbeeld het recht op een gelijke behandeling in gelijke gevallen (discriminatieverbod), maar ook het recht op privacy. Immers, het recht op privacy berust op de omstandigheid van het mens-zijn, niet op de omstandigheid van het lidmaatschap van een *in-group*.<sup>20</sup>

Er zijn in de rechtszaal twee vormen van *mobbing* denkbaar. De ene vorm is er één waarin enige partij in het geding, al dan niet via de publieke tribune, probeert om de rechters en/of procespartijen te intimideren. Tegen dat soort pogingen tot *mobbing* wordt in Nederland meestal voldoende krachtig opgetreden. In gevallen van extreem bedreigende situaties (zoals bij de berechting van verdachten van zeer zware criminaliteit) worden er speciale maatregelen genomen om de rechters en een ordentelijk procesverloop te beschermen. Of die maatregelen in de praktijk voldoende zijn, kan ik bij gebrek aan kennis niet beoordelen. Ik zal deze vorm van *mobbing* hier verder buiten beschouwing laten.

De andere vorm van *mobbing* is die waarbij een rechter of rechters zelf autoritair denken, zich onbewust identificeren met een *in-group* van (bijvoorbeeld) hogere functionarissen in de uitvoerende en rechtsprekende macht (bestuurders, hoge beleidsambtenaren en rechters), en vanuit die identificatie buitenstaanders en hun argumenten niet (of niet volledig) toelaten tot het redelijk discours, dat zich in de rechtszaal en in de hoofden van rechters (in de rechtszaal en in de raadkamer) afspeelt.

---

20 (...) Voor de vraag of er in de rechtszaal sprake is van *mobbing*, is het op zichzelf niet van belang waar precies de grens wordt gelegd tussen *in-group* en *out-group*, maar wel: a) of die grens door de rechter op enige wijze wordt getrokken; b) zo ja, hoe de getrokken grens zich verhoudt tot geldende wet- en regelgeving; en c) hoe de rechter verder omgaat met de eenmaal getrokken grens.

In dat geval zal zo'n rechter, wanneer voor hem een gewone burger verschijnt die opkomt voor een grondrecht, onbewust op die burger de kenmerken projecteren van iemand die niet tot de *in-group* behoort, maar die zich met een beroep op zo'n grondrecht toch probeert in te vechten in de *in-group*.

De onbewuste reactie van de rechter zal dan zijn om de *in-group*, en daarmee ook zichzelf, te verdedigen tegen zo'n invasie van buitenaf, en dus een manier te vinden om de eis die zo'n burger in rechte stelt, van tafel te vegen en de burger terug te wijzen naar de positie van een buitenstaander "die het niet begrijpt".

Het gaat hier om een emotionele, psychosociale reactie van zo'n rechter, die meestal verborgen blijft achter een masker van opgewekte, vriendelijke correctheid. Zolang rechtszoekenden beleefd en respectvol blijven, leiden bijna alle Nederlandse rechters hun zittingen op zeer minzame wijze. Maar soms lukt het een autoritair denkende rechter eventjes niet om het masker in stand te houden. Ik heb hiervan in rechtszittingen en de daaropvolgende uitspraken verschillende voorbeelden meegemaakt, waarvan ik hier alleen de rechtszitting in één van de onderhavige zaken zal noemen.

Op 16 december 2019 tijdens de zitting inzake mijn beroep over drie privacy-aantastingen door NS, vroeg de voorzittende rechter aan partijen of die in een laatste ronde nog iets wilden zeggen. Hij begon bij mij. Ik gaf aan mijn pleitnota te willen voorlezen. De voorzitter zei dat hij dat niet zou toestaan. Ik vroeg waarom niet. Op dat moment schoot de voorzitter uit zijn slof en stak met stemverheffing en een toornig gezicht een tirade af. Als ik minder ervaring had gehad, zou ik hierdoor geïntimideerd zijn geweest.

Halverwege die tirade realiseerde de voorzitter zich kennelijk dat dit niet helemaal goed overkwam (ik maakte ijverig notities). Hij ging alsnog over tot het verschaffen van informatie over de redenen waarom hij dat weigerde, die te maken hadden met een landelijk ingevoerde "professionele standaard" in relatie tot de zogeheten "nieuwe zaaksbehandeling". Hij deed dat nog steeds met een visueel en auditief boze expressie. Ik bleef kalm en noteerde wat hij zei. Toen hij klaar was, zei ik beleefd, terwijl ik mijn notities snel afrondde: "Ik dank u zeer." Ik richtte mijn blik omhoog naar de voorzitter en voegde er meteen aan toe: "Dat geeft me een beeld." Daarna was de sfeer in de rechtszaal opeens weer een stuk rustiger.

Maar ik wist nu dat er bij deze rechter, hoewel hij zichzelf halverwege zijn tirade deels had gecorrigeerd, achter het rechtsstatelijke masker een autoritaire houding schuilging die niet goed verenigbaar is met het rechtsstatelijk functioneren van een rechter. Deze stilzwijgende constatering beïnvloedde mijn inschatting van de kans dat de rechtbank mijn beroep gegrond zou verklaren. Ik had die kans, gezien de uitspraken op 5 september 2019, al vrij klein ingeschat. Nu schatte ik die kans nog kleiner in. Ik achtte het waarschijnlijk dat de rechtbank mijn beroep met een zo summier mogelijke argumentatie van tafel zou gaan vegen. Later bleek die inschatting terecht te zijn geweest, getuige de uitspraak van 4 februari 2020.

(....)

### 3.3.2 Rechtssociologisch perspectief

Het is op zichzelf goed mogelijk om te kijken naar de manier de rechtspraak in de maatschappij functioneert, inclusief de eventuele verwevenheid van rechterlijke attitudes met traditionele of gegroeide, autoritaire bestuurspraktijken. Dit maakt namelijk deel uit van de onderwerpen die in de rechtssociologie worden bestudeerd:

De **rechtssociologie** is een onderdeel van de sociologie waarbinnen onderzoek wordt verricht naar de wisselwerking tussen het recht en de samenleving.

Thema's binnen het vakgebied zijn onder meer:

- de relatie tussen waarden, normen en sancties,
- de manier waarop normen betekenis krijgen binnen bepaalde culturen en maatschappelijke structuren,
- de rol van instituties in (de vorming van) patronen van denken en handelen,
- het verloop van processen van socialisatie
- de effecten van juridisering van conflicten
- de verschillen tussen formeel recht en recht in de praktijk.

Onderwijs en onderzoek op het gebied van rechtssociologie vindt voornamelijk plaats aan universiteiten met een faculteit Rechtsgeleerdheid.<sup>21</sup>

Het ontbreekt mij, mede gezien de indieningstermijn voor dit hoger beroepschrift, aan tijd om te inventariseren wat er in de rechtssociologie zoal is geschreven over de invloed van machtsstructuren op rechterlijke attitudes en uitspraken. Ik zou het verwelkomen als een rechtssocioloog de gang van zaken met betrekking tot recente rechtszaken op het gebied van privacy analyseert.

Ik zou het ook verwelkomen als rechters, in volle onafhankelijkheid, in de motiveringen van hun uitspraken meer zelfreflectie tonen over eventuele spanning tussen de formele spelregels voor hun handelen en de ongeschreven regels van feitelijke machtsstructuren die hun handelen bepalen. Benoeming en explicitering daarvan is in het belang van het voortbestaan van onze rechtsstaat.

Met betrekking tot het onderwerp "verschil tussen formeel recht en recht in de praktijk" wil ik op één punt bijzondere aandacht vragen, namelijk de essentiële rol van toezichthouders en handhavers. Als die op cruciale punten stilzwijgend weigeren, zoals de AP en veel andere Nederlandse toezichthouders, om hun taak effectief te vervullen, vergroot dat de kloof tussen formeel recht en recht in de praktijk tot een wijde zee. De eerdergenoemde casus met betrekking tot de dood van Caroline Flack illustreert ook de funeste effecten van het ontbreken van effectief toezicht:

Calls for a "Caroline's law" to protect people from press persecution miss the point: the Leveson report proposed a genuinely independent press regulator that would use its teeth. But in 2018 Matt Hancock [Secretary of State for Digital, Culture, Media and Sport] killed off the last chance of implementing it.<sup>22</sup>

---

21 Bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Rechtssociologie> (geraadpleegd: 28 februari 2020).

22 Polly Toynbee, "Why the calls for legal curbs on the press? Because the watchdog has no teeth", in: *The Guardian*, 27 februari 2020. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/27/new-law-british-press-watchdog-regulation> (geraadpleegd: 28 februari 2020).

### 3.3.3 Machiavelliaanse rechtspraak vs. rechtsstatelijke rechtspraak

"Machiavellisme" valt te omschrijven als "instrumentalisering van alles wat en iedereen die zich ervoor leent om als middel te dienen voor de verwerving en het behoud van macht".

De in Machiavelli's politieke theorievorming centraal staande "heerser" hoeft niet een enkele persoon te zijn die aan de top staat van een machtspyramide. Het gaat bij machtsvorming steeds om de aard van relaties die op elk niveau vorm kunnen krijgen. Ook de persoonlijke assistent van het hoofd van een afdeling Boekhouden kan een "heerser" zijn in machiavelliaanse zin. Bovendien kunnen er ook heersers bestaan met een collectief karakter. Het klassieke voorbeeld daarvan is een oligarchie.

#### ***Diffuus machiavellisme***

De identiteit van zo'n collectieve "heerser" hoeft niet precies te zijn afgebakend. De grens tussen een club oligarchen en hun directe handlangers kan vaag zijn. Sommige van die handlangers zijn misschien aspirant-oligarchen die hopen uiteindelijk in de club van heersers te worden opgenomen, of zelfs die coöptatie discreet af te dwingen ("afgedwongen coöptatie" is een contradictio in terminis die een uitstekende beschrijving vormt van een bepaalde dynamiek). Er is dan sprake van een gedeeltelijk "diffuse" heerser.

In Nederland kan zo'n machiavellistische heerser ook een conglomeraat van overheden en bedrijven zijn, bevolkt door bestuurders, politici, ambtenaren, topmanagers, commissarissen, voorzitters van adviesorganen en andere sleutelfiguren, die samen heersen over een bepaald beleidsgebied, bijvoorbeeld het beleidsgebied van het openbaar vervoer. Afgelopen najaar heb ik een aanzet gegeven voor een analyse van de constellatie (machtsstructuur) die het Nederlandse OV beheerst (....).<sup>23</sup> Er is dan niet alleen sprake van een "diffuse heerser", maar ook van een stijl van machtsuitoefening die het beste omschreven kan worden als "diffuus machiavellisme", vergelijkbaar met hofpolitiek en bureaupolitiek in situaties waar verschillende machtscentra bestaan die telkens informeel met elkaar in onderhandeling gaan.

#### ***Machiavellisme in de rechtspraak - (1) instrumentalisering en juridisering***

Er zijn drie manieren waarop de rechtspraak een machiavellistisch karakter kan krijgen. Ten eerste kunnen heersers (ongeacht of het gaat om publieke of private heersers, en ongeacht of ze over enige vorm van democratische legitimiteit beschikken of niet) de spelregels van de rechtspraak op een machiavellistische manier inzetten om hun doelen te bereiken. Deze instrumentalisering van het recht vindt in heel veel landen op grote schaal plaats en komt tot uiting in wat ook wel "juridisering" wordt genoemd. Het recht wordt dan door heersers opgevat en misbruikt als niet meer dan een instrument om hun machtsdoelen te realiseren.

Ik heb dit in Nederland bijvoorbeeld kunnen observeren bij het gemeentebestuur van mijn woonplaats, waar ambtenaren soms alle middelen geoorloofd achten om bepaalde doelen te bereiken, zolang ze er maar "bij de rechter mee weggkomen". Dat ze daarmee telkens weer een nagel in de doodskist van de rechtsstaat slaan, boeit hen niet.

<sup>23</sup> Michiel Jonker, "OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism" (7 oktober 2019). Deze analyse zal naar verwachting in maart 2020 inhoudelijk behandeld worden door de commissie Infrastructuur en Waterstaat van de Tweede Kamer. Tevens downloadbaar via: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html>

### ***Machiavellisme in de rechtspraak - (2) dienstbaarheid aan de macht***

Ten tweede kunnen rechters zich gaan opstellen als gewillige dienaren van heersers. Zulke rechters gaan dan actief hun medewerking verlenen aan de door de heersers gewenste instrumentalisering van het recht. Dat staat op gespannen voet met hun formele onafhankelijkheid, maar is in de eerste twee decennia van deze eeuw wel de trend geweest. Die trend kondigde zich aan het eind van de vorige eeuw, rond de invoering van de Algemene wet bestuursrecht, al aan. In de elfde druk van het handboek Hoofdstukken van Bestuursrecht (1999) lees ik bijvoorbeeld:

Hoewel de instrumentele invalshoek in de praktijk van wetgeving en bestuur altijd van groot belang is geweest, en ook de bestuurskunde zich er op wetenschappelijk niveau van meet af aan mee heeft beziggehouden, is de belangstelling van de administratiefrechtelijke literatuur voor dit aspect tot voor kort vrijwel afwezig geweest; die was traditioneel vooral gericht op rechtsbeschermingsvragen.<sup>24</sup>

Die traditie - de primaire gerichtheid van rechters op rechtsbescherming - is de afgelopen twee decennia voortvarend afgebroken. Veel bestuursrechters gedragen zich tegenwoordig als leden van een onderafdeling van de uitvoerende macht, met als kennelijk doel het bestuur "soepel" te laten verlopen - dat wil zeggen: soepel voor de bestuurders, niet voor degenen die bestuurd worden.

Dit soort rechterlijk instrumenteel denken is niet volledig hetzelfde als rechterlijk machiavellisme, maar heeft daar wel mee te maken. Het gaat hier niet om het machiavellisme van een heerser, maar om een afgeleide vorm daarvan, namelijk de gehoorzaamheid van een dienaar aan zo'n heerser. De rechter instrumentaliseert de wet en het recht in dit geval niet rechtstreeks ten behoeve van zijn eigen machtspositie, maar doet dat in de eerste plaats ten behoeve van de machtspositie van een heerser waarvan hij zijn eigen, rechterlijke machtspositie (inclusief zijn carrièreperspectieven en zijn maatschappelijke status) als een afgeleide ervaart.

Dit is de vorm van rechterlijke dienstbaarheid waar de huidige Poolse regering naar streeft, en waarover die regering in conflict is geraakt met de Europese Unie. In Nederland blijft ditzelfde probleem echter bijna onopgemerkt, omdat het voor de Nederlandse regering niet nodig is die dienstbaarheid met draconische maatregelen op te leggen - hij is in de afgelopen twee decennia druppelsgewijs al met succes geïnjecteerd en door veel rechters geïnternaliseerd. Dat begon al met de roemruchte toernee destijds van Commissaris van de Koningin Jos van Kemenade, die namens "the powers that be" rond de millenniumwisseling in het hele land verkondigde dat "de rechter niet op de stoel van de bestuurder mag zitten" (onuitgesproken subtekst: maar wèl op schoot bij de bestuurder!).

Daarop was destijds kritiek, bijvoorbeeld door (de toen jonge) hoogleraar privaatrecht Rieme-Jan Tjittes, die in de Volkskrant schreef:

Van Kemenade is een man met een missie. Het pleidooi dat de rechter terug in zijn hok moet en het bestuur niet lastig moet vallen met die vage door de wetgever opgestelde rechtsregels, heeft hij als commissievoorzitter al ontvouwd in het rapport Bestuur in geding van november 1997. Nu kunnen rapporten meestal niet zoveel kwaad, maar sommige rapporten - en zeker niet altijd de beste - schoppen het ver. Zo ook dit.

---

24 Willem Konijnenbelt en Ron van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, elfde druk, Elsevier, 1999, pag. 81.

De geest van Van Kemenade heeft onmiskenbaar invloed gehad niet alleen op het regeerakkoord van het tweede paarse kabinet, maar ook op de Justitiebegroting. In deze politieke documenten staat dat 'ongewenste vormen van juridisering' moeten worden tegengegaan. Dat is een politiek eufemisme voor het monddood maken van de burgers, de rechter en de wetgever.

(...) Minder aandacht voor rechtsbescherming en meer voor een goede en snelle besluitvorming is ook zijn devies. Ik bestrijd dat ten zeerste. In de eerste plaats bestaat het door Van Kemenade en de zijnen gesignaleerde probleem niet: de rechter zit niet op de stoel van het bestuur. De rechter toetst alleen of een overheidsbesluit met regels van het recht te verenigen is. Ook de overheid is aan het recht gebonden. Dat is het fundamentele beginsel van de rechtsstaat. Maar een binnen de wettelijke kaders passende beleidskeuze van het bestuur zal de rechter altijd respecteren.

(...) In de tweede plaats doen de voorstellen van Van Kemenade teniet wat in de afgelopen decennia zorgvuldig is ontwikkeld. De rechtsbescherming van de burger tegen de overheid door de bestuursrechter en de formulering door die rechter van algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan het overheidsgedrag moet voldoen, is betrekkelijk jong. Deze is pas na de oorlog tot ontwikkeling gekomen en pas in de jaren '80 vervolmaakt. Nauwelijks op de eindbestemming aangekomen moet volgens Van Kemenade de terugreis worden aanvaard. En er wordt al een begin gemaakt met de afbreuk van de rechtsbescherming ten gunste van een slagvaardig bestuur.<sup>25</sup>

Onlangs is Van Kemenade overleden. Eveneens in de Volkskrant wordt hij nu geroemd als *"een zuiver en verstandig idealist, een erudiet met grote overtuigingskracht en een geducht en waardevol bestuurder. Een leeuw in de Hollandse hondenmand."* Met geen woord wordt er gerept over de schade die hij heeft aangericht aan de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Nederland.<sup>26</sup> Kennelijk is de afbraak van rechtsbescherming die de afgelopen twintig jaar heeft plaatsgevonden, al in hoge mate genormaliseerd, en daardoor vergeten. Of misschien is de schrijver van de necrologie nog jong en herinnert zich daardoor niet dat het ooit anders was.

Over de doden niets dan goeds, maar over hun beleid en de schadelijke effecten van hun handelen mag wel het één en ander worden gezegd. Het probleem met autoritair denkenden zoals Van Kemenade is dat ze een democratische rechtsstaat benaderen alsof die een hondemand zou zijn die door een autoritaire leeuw zou moeten worden aangestuurd.

### ***Machiavellisme in de rechtspraak - (3) identificatie met de macht***

Een derde vorm van machiavellisme in de rechtspraak ontstaat als rechters zich niet zo zeer dienstbaar opstellen ten aanzien van de uitvoerende macht, maar zich primair identificeren met het landsbestuur, en hooguit secundair met rechtsbescherming van gewone burgers. Hoewel zij

---

25 Rieme-Jan Tjitte, "Naar een Paarse Pruijkentijd?", in: *De Volkskrant*, 10 december 1998.

<https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/naar-een-paarse-pruijkentijd~bf221b5e/> (geraadpleegd: 28 februari 2020)

26 Jan Joost Lindner, "Jos van Kemenade (1937-2020): erudiet bestuurder met grote overtuigingskracht", in: *De Volkskrant*, 19 februari 2020. <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/jos-van-kemenade-1937-2020-erudiet-bestuurder-met-grote-overtuigingskracht~bbddf5d2/> (geraadpleegd: 28 februari 2020)



bekend zijn met de trias politica, is die in hun overwegingen gereduceerd tot een soort formeel kader, dat in de praktijk niet langer bepalend is voor hun handelen als rechter.

Rechters die zich identificeren met het landsbestuur, identificeren zich met heersers, en hebben daardoor minder verweer tegen de o zo menselijke neiging om zich geleidelijk aan ook te gaan gedragen als heersers. In de rechtszaal is er geen tegenspraak, want de rechter heeft (terecht!) de regie over behandeling ter zitting. Maar als er geen tegenspraak is, is het risico op de ontwikkeling van zonnekoning-gedrag levensgroot. Ieder mens heeft een ego, en als dat ego geen weerstand ondervindt van andere ego's, heeft het de neiging zichzelf langzaam op te blazen. Dit is één van de aspecten van het bekende verschijnsel dat "macht corrumpert".

In paragraaf 3.3.1 heb ik een incident in de rechtszaal beschreven waarin het ego van een autoritair denkende rechter eventjes zichtbaar werd, in de vorm van een tirade in reactie op een beleefde vraag. Dat leek een beetje op "bullying" of "mobbing". In de zittingsaantekeningen valt daar niet of nauwelijks iets van terug te vinden. Daar valt het volgende te lezen:

Vz: Laatste ronde.

Eiser: Heb pleitnota.

Vz: Worden eigenlijk niet meer geaccepteerd. Alleen via vragen.

Eiser: Voor het eerst dat mij dit verteld wordt. Wanneer dit nieuwe beleid?

Vz: Staat op rechtspraak.nl. Ik ben vz en bepaal orde op de zitting. Nieuwe zaaksbehandeling sinds 2013. We werken aan de hand van professionele standaarden.<sup>27</sup>

Waarom vond de voorzitter het nodig om ten overvloede nog eens te vermelden dat hij de voorzitter was en de orde bepaalde op de zitting? Niemand had dat betwist.

### ***Rationalisering van rechterlijk machiavellisme***

Het incidentje van de rechterlijke tirade naar aanleiding van het verzoek een pleitnota te mogen voorlezen, is interessant doordat het een autoritaire houding heel even zichtbaar maakt. Maar meestal wordt die houding goed verhuld achter minzaamheid en juridisch jargon dat wordt gebruikt om autoritair denken te rationaliseren. Dat maakt het in die gevallen moeilijk of zelfs onmogelijk om erachter te komen van welk van de drie hiervoor beschreven soorten machiavellisme er eigenlijk sprake is: door het bestuur afgedwongen instrumentalisering, rechterlijke dienstbaarheid of rechterlijke identificatie met de macht? En in de praktijk zal er meestal sprake zijn van een combinatie van factoren - die in elkaars verlengde liggen en elkaar versterken.

Bij rationalisering van autoritair denken of machiavellisme gaat het om het rationaliseren van een handelwijze die gericht is op het gehoorzamen aan en uitoefenen van macht, op zo'n manier dat die handelwijze, los van het werkelijke morele gehalte van de machtsuitoefening, een schijn van

---

<sup>27</sup> Zittingsaantekeningen ARN 19/3510, 16 december 2019 (kopie van handgeschreven), pp. 7-8.

redelijkheid en rechtmatigheid verwerft. Het gaat in dat geval, met andere woorden, om het door de rechter witwassen van arbitraire, onredelijke machtsuitoefening.

Vanuit een machiavellistische opvatting van het functioneren van heersers, is dat laatste ook precies de door een intelligente heerser gewenste functie van rechtspraak.

### ***De noodzaak van een brug van rechtsfilosofie naar rechtspraktijk***

Zoals velen voor mij, heb ik enerzijds respect voor het realiteitsgehalte van de beschrijving die Machiavelli in zijn beroemde boek *De vorst* geeft van de manier waarop heersers (of dat nu politici, ambtenaren, CEO's of grootaandeelhouders zijn) in de praktijk macht uitoefenen.

Anderzijds is het niet in overeenstemming met mijn geweten, en ook niet in mijn eigen belang (ik ben immers geen heerser), om dergelijke vormen van machtsuitoefening lijdzaam te accepteren als onontkoombare *facts of life*, waarover gezwezen zou moeten worden. Het kan ook anders en beter! De door veel mensen in de wereld nagestreefde, en soms deels ook gerealiseerde democratische rechtsstaat is het beste voorbeeld van hoe het in de moderne wereld in de praktijk anders en beter kan.

Er bestaan, zoals uw Afdeling weet, uitvoerige beschrijvingen van hoe en in welke omstandigheden rechtspraak zou moeten functioneren. Die beschrijvingen variëren van betogen met een hoog filosofisch gehalte, zoals bijvoorbeeld werken van Montesquieu, Immanuel Kant, Hannah Arendt en John Rawls, tot handboeken gericht op de praktische toepassing van recht in een democratische rechtsstaat.<sup>28</sup> In dit hoger-beroepschrift hoef ik niets toe te voegen aan die weldoordachte visies en normenkaders. We kunnen op de schouders van deze reuzen staan.

Uit de uitspraken van sommige autoritair denkende bestuursrechters blijkt echter dat er bij hen ofwel sprake is van (verhuld) cynisme over de manier waarop zij hun taak zouden moeten uitoefenen, ofwel van een incorrect zelfbeeld volgens welke zij in de beoefening van hun taak voldoen aan de normen die de rechtsstaat stelt, terwijl zij daar in feite niet aan voldoen. De uitspraken waartegen ik thans opkom, zijn daar voorbeelden van.

Met het oog op de thans voorliggende casus, en gezien het eerder genoemde feit dat ik weinig te verliezen heb als de problematiek van rechterlijk autoritair denken niet bespreekbaar kan worden gemaakt, zie ik me daarom genoodzaakt iets te zeggen over de manier waarop te veel bestuursrechters in de huidige Nederlandse rechtspraktijk falen als het gaat om het realiseren van de ethische kwaliteit van rechtspraak waarvoor de zojuist genoemde visies en normenkaders meer dan genoeg aanknopingspunten bieden.

---

<sup>28</sup> Voorbeelden van het eerste: Montesquieu, *De l'esprit des lois*; Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden - ein philosophischer Entwurf* en *Die Metaphysik der Sitten*; Hannah Arendt, *The Human Condition*; John Rawls, *A Theory of Justice*; voorbeeld van het laatste: Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male: *Hoofdstukken van bestuursrecht*.

### 3.3.4 Profielen van rechterlijke bewustheid, bekwaamheid en moraal

De mogelijkheden ten aanzien van de professionaliteit (vaktechnisch en ethisch) van elke Nederlandse bestuursrechter kunnen in beginsel in het volgende schema worden samengevat:

---

- I Goed functionerende rechters (**bewust-bekwaam**)
- II Rechters die goed rechtspreken, maar zichzelf niet goed genoeg vinden (**onbewust-bekwaam**)
  - a) Rechters die het aangrijpen om hun vaardigheden nog verder te verbeteren, om alsnog tot categorie I te kunnen toetreden;
  - b) Rechters die het aangrijpen om, door middel van verdere persoonlijke ontwikkeling, iets van hun perfectionisme los te laten om zo alsnog tot categorie I te kunnen toetreden;
  - c) Rechters die het aangrijpen om ontslag te nemen en/of een ander beroep te kiezen;
  - d) Rechters die eronder lijden, maar er niets of weinig aan veranderen.
- III Rechters die niet goed rechtspreken, en dat van zichzelf weten (**bewust-onbekwaam**)
  - a) Rechters die het aangrijpen om ontslag te nemen en/of een ander beroep te kiezen;
  - b) Rechters die pogingen doen hun vaardigheden te verbeteren om ze alsnog tot het vereiste niveau te brengen;
  - c) Rechters die eronder lijden, maar er niets of te weinig aan veranderen;
  - d) Cynische rechters.
- IV Rechters die niet goed rechtspreken, zonder dat te weten (**onbewust-onbekwaam**)
  - a) Rechters die op zich in staat zijn hun disfunctioneren te onderkennen, maar dat weigeren en hun disfunctioneren in plaats daarvan ontkennen (ze verkeren *in denial* en beschouwen zichzelf als behorend tot categorie I, d.w.z. bewust-bekwaam);
  - b) Rechters die als gevolg van hun persoonlijke beperkingen niet in staat zijn om (althans zonder hulp van buitenaf) hun eigen disfunctioneren te onderkennen (ze zijn *incompetent* maar beschouwen zichzelf als bewust-bekwaam).

Noot (1): Onder "bekwaamheid" versta ik hier alle eigenschappen die een rechter nodig heeft om goed recht te spreken. Hieronder valt dus ook de eigenschap "moed" en "onafhankelijkheid" ten overstaan van machtsstructuren. Noot (2): Meng- en overgangsvormen tussen de verschillende categorieën komen natuurlijk veel voor.

---

Zoals ik in paragrafen 5 en 6 (beroepsgronden) nader zal onderbouwen, hebben in de thans voorliggende casussen waarin de Rechtbank Gelderland op 4 februari 2020 uitspraak heeft gedaan, net als in de casussen waarover die rechtbank op 5 september 2019 uitspraak heeft gedaan, de rechters, en in ieder geval de voorzitters van de twee meervoudige kamers die de zaken behandelden, er telkens voor gekozen om het standpunt van de machtigste partij te herhalen en te

onderschrijven, en om door mij ingebrachte argumenten te negeren of zonder onderbouwing te verwerpen. Op die manier hebben deze rechters niet de wet, maar de macht gevolgd.

Het is duidelijk dat het hier, in termen van het schema hierboven, om rechtspraak gaat die valt in categorie III of IV: niet-bekwame rechtspraak. De vraag is dan tot welke subcategorieën de betreffende rechters op basis van hun gedrag in deze casussen het beste kunnen worden geplaatst. Ik kan niet in de "*black box*" van hun hoofden kijken. En de rationalisaties in de motiveringen van hun uitspraken maken ook niet duidelijk wat er in hen is omgegaan.

Maar op basis van mijn impressies ter zitting (beide voorzitters maakten deel uit van beide meervoudige kamers), vermoed ik dat er bij één van hen sprake is van categorie IV-a) met een tendens richting III-b) en III-c), en bij de ander van categorie IV-a) met een tendens richting III-d).

### 3.3.5 Het onbewust volgen van macht in plaats van recht - mogelijke netwerkcorruptie

Het is dus mijn inschatting dat deze beide voorzittende bestuursrechters niet bewust ervoor hebben gekozen om autoritair te denken en de macht te volgen in plaats van de wet, maar eerder onbewust, vanuit gewenning en een (deels?) onbewuste identificatie met de wensen en het perspectief van andere functionarissen die net als zij behoren tot een circuit van bestuurders, rechters, hoge beleidsadviseurs en andere notabelen.

Je zou dit verschijnsel kunnen aanduiden met twee modieuze woorden: "*bubble*" (in dit geval een netwerk van mensen in vergelijkbare sociale en professionele omstandigheden die in vormen van groepsdenken terecht zijn gekomen) en "klassejustitie" (waarin de "klasse" niet zozeer bepaald wordt door de afkomst of de financiële positie van procespartijen in de rechtszaak, maar vooral door hun verbindingen met relevante netwerken in het Nederlandse bestuur).

Als je dergelijke rechtspraak opvat als een vorm van corruptie, dan zou het een vorm van "netwerkcorruptie" zijn - een in Nederland relatief sterk optredende vorm, die te maken lijkt te hebben met het Nederlandse "poldermodel" dat ruime mogelijkheden biedt voor handel in invloed en het uitwisselen van politieke, bestuurlijke en ambtelijke gunsten zonder dat er aanwijsbaar materiële gunsten worden verleend.<sup>29</sup> Iemand van Turkse afkomst vertelde mij ooit dat Nederlandse ambtenaren en rechters veel corrupter zijn dan Turkse. Waarom? "*In Turkije moet je tenminste nog flinke bedragen aan steekpenningen betalen. In Nederland doen ze het gratis als ze je kennen.*"

Dit roept de vraag op of er zoiets kan bestaan als "onbewuste corruptie". Bekend is het voorbeeld van de directeur van het Havenbedrijf van Rotterdam, Willem Karel Scholten (1944-2017), die financiële garanties van het Havenbedrijf regelde voor de in financiële problemen verkerende zakenman Joep van den Nieuwenhuyzen, en die tevens van deze zakenman geld ontving en dat op een Zwitserse bankrekening zette waarover hij als privé-persoon de zeggenschap had. Tijdens de rechtszaak hield Scholten vol dat hij niet corrupt was en dat het niet om steekpenningen ging. Hij had naar eigen zeggen het geld alleen tijdelijk op de Zwitserse rekening willen parkeren, juist om te zorgen dat er met dat geld niks verkeers gebeurde. Uiteindelijk werd hij door de rechter wel veroordeeld, maar alleen tot een voorwaardelijke gevangenisstraf en een beperkte geldboete.<sup>30</sup>

Zover kan "onbewustheid" dus gaan. In het geval van eventuele netwerkcorruptie van rechters zou het dus niet vreemd zijn als zij zich daar zelf "niet van bewust zijn" ofwel, in de terminologie van de standaard-ontkenning van Nederlandse functionarissen die ergens van beschuldigd worden, "zich daar niet in herkennen".

---

29 Zie bijv. het proefschrift van Willeke Slingerland over netwerkcorruptie. "Corruptie is niet een 'slachtofferloos' misdrijf. Corruptie veroorzaakt veel schade. De algemene definitie van corruptie, gehanteerd door de Wereldbank en Transparency International luidt: "Corruptie is het misbruik maken van toevertrouwde macht voor privaat gewin". Slingerland definieert corruptie als: "Toestaan dat oneigenlijke belangen besluitvorming beïnvloeden ten koste van het algemeen belang". De kern van corruptie zit in het resultaat van besluitvorming en de uitruil van belangen. " Bron: <https://beroepseer.nl/blogs/algemeen/netwerkcorruptie-proefschrift-over-uitruilen-gunsten-en-smalle-scheidslijn-tussen-lobbyen-en-corrupt-gedrag/> (23 juli 2018). Een interview met Slingerland is te vinden op: <https://www.cafeweltschmerz.nl/category/gasten-en-interviewers/willeke-slingerland-gasten-en-interviewers/>

30 Zie bijv. Frank de Kruif, *Het havenschandaal: het verbijsterende verhaal achter een miljoenenaffaire*, 2015.

### 3.3.6 Verschuivende opvattingen over wat corruptie is - een terugval?

In de vorige paragraaf noemde ik het begrip "netwerkcorruptie" als een manier om het gedrag te kunnen verklaren van rechters die, zonder dat er sprake is van steekpenningen of rechtstreekse intimidatie, toch primair de wensen van machtige partijen volgen en die hun interpretatie van de teksten van wet- en regelgeving van die wensen laten afhangen.

Ik twijfel er niet aan dat rechters die op zo'n manier de macht volgen, van zichzelf vinden dat zij zaken "zorgvuldig" beoordelen en daarin "zorgvuldig" uitspraak doen. Zij vinden zichzelf zeker niet corrupt.

Opvattingen over wat beschouwd moet worden als corruptie - en in het bijzonder rechterlijke corruptie - zijn vanaf het begin van de rechterlijke macht aan verandering onderhevig geweest.

Onder het Franse *ancien régime* was belangenverstrengeling bij rechters bijvoorbeeld heel gewoon. Zo kon een dorpsheer zowel de wetgevende en rechterlijke macht als het dagelijkse bestuur in een dorp uitoefenen. Bovendien konden rechterlijke ambten worden geërfd en verhandeld.<sup>31</sup>

Later ging men daar, onder invloed van denkers zoals John Locke en Charles Montesquieu, heel anders over denken en ontstond het idee van een "democratische rechtsstaat" met een scheiding tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht, dat geleidelijk ingevuld werd met steeds meer "checks and balances". Men begon steeds meer vormen van belangenverstrengeling van rechters met de uitvoerende macht corrupt te vinden.

Maar als een moderne rechtbank, zoals de Rechtbank Gelderland, het geoorloofd acht om de macht van een conglomeraat van overheden en bedrijven in zijn rechtspraak zwaarder te laten wegen dan de wet en een redelijke toepassing daarvan op de voorhanden feiten, dan zijn we wellicht veel minder ver verwijderd van de situatie onder het *ancien régime* dan we graag zouden denken.

Zoals ik ook in de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger-beroepschrift van 9 oktober 2019 heb aangegeven, en hiervoor in paragraaf 3.3.3 (over de rol van Van Kemenade) moet het hoogtepunt van de democratische rechtsstaat wellicht ergens in de periode tussen 1970 en 2000 worden geplaatst. Vanaf ca. 2000 lijkt er sprake te zijn geweest van een uitholling van de rechtsstaat onder invloed van het neoliberale denken ("overheidsbemoeienis - ook die van rechters - is onnodig en slecht"), instrumentalisering van het bestuurlijke denken (wet en recht als uitvoeringsinstrumenten) en het wegvallen van de Sovjet-Unie als tegenstander. Tot 1990 legde de nabijheid van een rivaal van het Noord-Atlantische bondgenootschap druk op bestuurlijke en juridische elites in West-Europa om, ter bevestiging van de legitimiteit van het kapitalistische bestel, aan de eigen burgers te laten zien dat het in Europa met de rechtsstaat en de rechtsbescherming menens was, en dat wetten door rechters serieus werden genomen.

---

31 Zie bijv. J.S. McClelland, *A History of Western Political Thought*, 1996, p. 317: "[Montesquieu] began his working life as a lawyer (...) in the provincial *parlement* of Bordeaux. The office was hereditary in Montesquieu's family, and it was saleable (Montesquieu was eventually to sell it), a typical example of the feudal privileges of the nobility (...)."

Uiteraard zal geen rechter openlijk willen zeggen of denken dat hij of zij de wet niet serieus neemt. Ook Russische, Iraanse, Chinese en Saoedische rechters zullen anno 2020 in hun retoriek de wet voorop stellen. De vraag is echter waar rechters zich werkelijk door laten leiden. Dat valt af te leiden uit hun uitspraken in concrete rechtszaken, en hoe die uitspraken zich verhouden tot wetten en feiten.

De uitspraken van de Rechtbank Gelderland op 4 februari 2020 laten zien dat er eigenlijk maar twee mogelijkheden zijn:

- Ofwel we leven nog steeds in een democratische rechtsstaat, en dan moeten deze rechterlijke uitspraken als corrupt worden beschouwd, omdat ze strijdig zijn met elementaire normen van rechtspleging en wettigheid in zo'n rechtsstaat.
- Ofwel we leven niet meer in een democratische rechtsstaat. In dat geval hoeven deze rechterlijke uitspraken niet als corrupt te worden beschouwd, maar kunnen in plaats daarvan simpelweg gezien worden als uitingen van rechterlijke gehoorzaamheid aan de huidige machthebbers in het nieuwe, post-rechtsstatelijke staatsbestel.

Ik acht de kans uitermate klein, maar als uw Afdeling in uw uitspraak in de onderhavige zaak zou aangeven dat we niet meer in een democratische rechtsstaat leven en ik derhalve in de praktijk geen aanspraak kan maken op de privacy-rechten die mij ten tijde van de democratische rechtsstaat waren toebedeeld en die nominaal nog steeds in de betreffende verdragen en wetten staan, dan zou ik dat in zekere zin waarderen. Het zou getuigen van een bepaald soort eerlijkheid.

Het zou verfrissend zijn, en ik zou de hele zaak, zoals die vanaf het eerste begin gevoerd is, gaan heroverwegen. Ik zou het niet meer zien als een voorbeeld van aantasting van mijn rechten, maar als een voorbeeld van hoe een rechtsstaat kan worden afgeschaft. Misschien zou ik op bezoek gaan bij burgers van voormalige Oostblok-landen, om van hen iets te leren over hoe je als mens het beste kunt omgaan met een situatie waarin je niet langer in een rechtsstaat woont.

Er zou voor mij een interessante, nieuwe levensfase volgen, waarin ik me waarschijnlijk niet meer druk zou maken over mijn rechten, maar me in plaats daarvan veel meer zou richten op het cultiveren van prettige relaties met functionarissen die op enig moment relevante beslissingsmacht over mijn leven zouden kunnen hebben of krijgen.

En als er verkiezingen kwamen, zou ik misschien denken: "Kom, doe eens gek," en op een frisse, nieuwe partij stemmen die goed zou passen bij de nieuwe tijdgeest.

Het zou misschien voor veel mensen wel een opluchting zijn als de huidige, bestuursrechtelijke façade van rechtsstatelijkheid verdwijnt. Maar wat komt daar dan voor in de plaats? Ik denk dat er een keuze is tussen twee wegen: of de rechtsstaat krijgt meer materiële inhoud in de verhouding tussen bestuur (in de breedste zin van het woord) en burgers, of hij verdwijnt.

### 3.3.7 Autoritair denken over de rechterlijke hiërarchie

In paragrafen 3.3.1 en 3.3.3 t/m 3.3.6 heb ik rechterlijk autoritair denken besproken als oorzaak van de uitspraken waarmee de Rechtbank Gelderland de argumenten in mijn beroepschriften over privacy negeerde en mijn beroepen op 5 september 2019 en 4 februari 2020 ongegrond verklaarde. Een laatste aspect van dit autoritaire denken zijn opvattingen van bestuursrechters over hoe de rechtelijke macht zelf in de praktijk zou moeten functioneren. Zulke opvattingen kunnen ook een rol spelen bij het terzijde schuiven van argumenten en het ongegrond verklaren van beroepen.

Ik zou me twee opvattingen over de rechterlijke macht kunnen voorstellen die een lagere bestuursrechter aanleiding geven om de argumenten in een beroepschrift te negeren en het dan ongegrond te verklaren.

#### ***Bestuurlijke belangen als criterium voor competentie van een lagere rechtbank***

De eerste opvatting zou zijn dat de rechtbank zichzelf niet werkelijk competent achtte om over de door mij naar voren gebrachte zaken te oordelen, vanwege het belang dat bepaalde bestuurlijke instanties aan een bepaalde uitkomst van de zaak hechtten. Het kan zijn dat een lagere rechtbank, zonder dat het ergens in de wet staat, zich in de praktijk niet bevoegd acht om uitspraken te doen die voor veel bestuurlijk ongemak zouden zorgen, en daarom meent dergelijke zaken te moeten doorschuiven naar de hogere rechter (uw Afdeling) die ze dan in tweede aanleg kan behandelen.

Deze opvatting zou echter in meer dan één opzicht problematisch zijn. Eén tegenwerping heb ik ook al genoemd in mijn eerdergenoemde hoger-beroepschrift d.d. 10 september 2019 over de Arnhemse adresgebonden afvalpas, dat thans bij uw Afdeling in behandeling is.<sup>32</sup> Door een beroep op deze wijze zonder werkelijke, materiële beoordeling door te schuiven, ontnemt de lagere rechter mij mijn recht op behandeling in tweede aanleg, dat deel uitmaakt van mijn recht op een eerlijk proces (artt. 6 en 13 EVRM). Want in de praktijk verandert de behandeling door uw Afdeling op deze wijze, materieel gezien, in de behandeling in eerste aanleg.

Een andere tegenwerping is dat de lagere rechter op deze manier de aard van de rechterlijke hiërarchie zou miskennen. Het gaat daarbij immers niet om een hiërarchie ten aanzien van de onderwerpen waarover mag worden geoordeeld, maar om een hiërarchie ten aanzien van het gezag dat rechterlijke uitspraken hebben. Het gezag van de uitspraken van uw Afdeling gaat boven dat van de uitspraken van de rechter in eerste aanleg.

De oorzaak van deze miskening lijkt, opnieuw, in een vorm van autoritair denken te liggen, vergelijkbaar met het autoritaire denken van de Amerikaanse president Donald Trump, die zichzelf de "hoogste wetshandhaver van het land" noemde, terwijl in de Verenigde Staten niet hij dat is, maar de Minister van Justitie (Attorney General). Trump denkt dat hij, omdat hij "over alle onderwerpen gaat", ook over wetshandhaving gaat. Hij vergeet dat er behalve van een inhoudelijke taakverdeling, ook sprake is van een procedurele taakverdeling, die relevant is voor de vraag wie er voor een bepaalde handeling bevoegd is. Als de rechtbank zichzelf in de praktijk niet bevoegd acht om bepaalde onderwerpen in eerste aanleg te behandelen en die bevoegdheid informeel/materieel bij uw Afdeling legt, dan is dat eigenlijk een "omgekeerd Trumpje".

---

<sup>32</sup> Uw zaaknummer: 201906880.



### ***Bevordering rechtseenheid als reden voor doorschuiven van zaak***

Een tweede mogelijke opvatting zou kunnen zijn dat het bevorderlijk is voor de rechtseenheid als zaken over een bepaald onderwerp meteen worden doorgeschoven naar uw Afdeling als de hogere rechter. De redenering zou dan zijn dat de rechtbank, door mijn beroep zonder veel argumenten ongegrond te verklaren, ervan uit kan gaan dat ik hoogstwaarschijnlijk in hoger beroep zal gaan, waardoor uw Afdeling in de gelegenheid is een oordeel uit te spreken dat veel gezag heeft en mogelijk informeel is afgestemd met (leden van) de andere Afdeling van de Raad van State, namelijk de Afdeling die de regering adviseert. Op die manier kan er niet alleen rechtseenheid worden bewerkstelligd, maar (bijvoorbeeld als "neveneffect") ook harmonie tussen de uitvoerende en rechterlijke macht, en wel op het hoogste niveau.

Ook een dergelijke opvatting zou het eerdergenoemde probleem met zich meebrengen dat een ontneming van een behandeling in tweede aanleg in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

Daarnaast zou een dergelijke opvatting op gespannen voet staan met het principe van precedentwerking via het gezag van gewijsde. Ook een uitspraak van een lagere rechter heeft gezag van gewijsde, als daar niet tegen wordt opgekomen door één van de procespartijen. Voor de rechtseenheid is het dus niet nodig een zaak informeel/materieel in eerste aanleg door de hogere rechter te laten behandelen.

Deze opvatting zou getuigen van verwarring tussen enerzijds rechtseenheid en anderzijds rechterlijk mandaat. Rechtseenheid kan en moet worden bevorderd door middel van transparante, specifieke, duidelijke rechterlijke uitspraken, niet door middel van het afschuiven van de beoordeling naar één centraal orakel dat op politieke wijze een knoop doorhakt. Als er (informeel, niet openlijk) sprake zou zijn van een dergelijke verwarring, dan is dat ook weer het gevolg van autoritair denken.

Een autoritair denkende hecht waarde aan de wensen en beslissingen van degene die een hoge positie bekleedt. De precieze formulering van de inhoud van die wensen en beslissingen is voor de autoritair denkende minder belangrijk, zolang hij of zij maar weet "welke kant" de hoge functionaris "op wil" in een specifiek geval. Een autoritair denkende heeft geen ernstig bezwaar tegen willekeur of een onbeargumenteerde, ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen - zolang dat maar conform de kenbare wensen van de vigerende machthebbers is.

In de logica van de autoritair denkende, is rechtseenheid eigenlijk niets anders dan machtseenheid: een centraal, onbetwist gezag waarmee iedereen in de pas loopt.

Een autoritair denkende ziet de rechterlijke macht in essentie als een besluitvormingsmachine die deel uitmaakt van de grotere besluitvormingsmachine van de staat. Dat is een andere opvatting dan die van de rechtstatelijk denkende, die de rechterlijke macht eerder ziet als een verzameling procesafspraken ten behoeve van het toetsen van beslissingen en handelingen.

Terwijl de autoritair denkende zich op de wensen van machtige personen richt, richt de rechtstatelijk denkende zich op de bevordering van (kenbare, voor ieder gelijke) rechtvaardigheid.

### 3.4 De keuze van uw Afdeling ten aanzien van autoritair denken

De keuze van uw Afdeling ten aanzien van autoritair denken is in essentie natuurlijk eenvoudig: doet u eraan mee, of niet? Zo ja, dan schaft uw Afdeling daarmee de Nederlandse rechtsstaat af. Zo nee, dan blijft het voortbestaan van de Nederlandse rechtsstaat zonder Europese disciplinerende mogelijkheden.

Het gaat bij die keuze niet om rechterlijke rationalisaties, maar om rechterlijke motieven. Laat de rechter zich bewegen door een wens om machthebbers te behagen die willen dicteren hoe de wet moet worden geïnterpreteerd? Of laat de rechter zich bewegen door een wens om de doelen die de wetgever heeft beoogd, zo getrouw mogelijk te volgen bij het toetsen aan die wet van situaties die de wetgever niet volledig heeft voorzien - ook als die toetsing leidt tot een oordeel dat de macht van grote partijen tegen hun zin beteugelt?

Ik wil er tegenover uw Afdeling geen misverstand over laten bestaan dat de rechters die in de door mij ingestelde vier beroepen op 5 september 2019 en 4 februari 2020 uitspraak hebben gedaan, daarbij in mijn ogen hebben gehandeld als lakeien van de macht, niet als onafhankelijke rechters. Niet omdat ze het niet met me eens waren, maar omdat ze mijn redelijke argumenten negeerden, in plaats van ze in de motivering van hun uitspraken te weerleggen.

Ik besef dat ik, door dit expliciet te benoemen, een bestaand taboe doorbreek. Een getrainde advocaat zou dit taboe nooit doorbreken, want "daar worden rechters niet blij van en dat kan alleen maar in jouw nadeel werken", zoals iemand mij adviseerde.

Maar ik zie geen andere manier om dit cruciale probleem bespreekbaar te maken, en ben er ook van overtuigd dat als ik dit probleem niet publiekelijk bespreekbaar maak, de kans bijna 100% is dat ik mijn hoger beroep ga verliezen, vanwege de informele druk waaronder rechters, inclusief uw Afdeling, staan van de kant van machtige partijen op het gebied van OV (overheidsinstanties en private partijen). Ik heb dus in mijn eigen ogen weinig meer te verliezen, en wil in ieder geval voorkomen dat er een situatie ontstaat waarin de privacy in het OV door een pseudo-rechtsstaat stilzwijgend kan worden afgeschaft. Als de privacy een wezenlijk onderdeel van de rechtsstaat wordt afgeschaft, dan mag dat niet onopgemerkt blijven.

Het benoemen van de onrechtsstatelijkheid van het gedrag van de lagere rechters, in combinatie met mijn hoger-beroepen tegen hun uitspraken, stelt uw Afdeling voor een pijnlijk keuze.

Eenzijds kunt u ervoor kiezen om de lagere rechters in bescherming te nemen als collega's, en tegelijk een aantal machthebbers van dienst te zijn door hen te faciliteren, en om die redenen mijn hoger-beroepen ongegrond te verklaren. Daarmee zou u, in machiavellistische zin, op korte termijn twee vliegen in één klap slaan. U zou daarmee een façade van rechtseenheid en rechterlijke gezaghebbendheid in stand houden, en u zou een aanvaring voorkomen tussen enerzijds de rechterlijke macht en anderzijds de uitvoerende macht en het daarmee verbonden lobby-netwerk van vervoer- en data-bedrijven en andere informele data-machthebbers.

Anderzijds kunt u ervoor kiezen om mijn hoger-beroepen en de besluiten waartegen die gericht zijn, op hun inhoudelijke merites te beoordelen, in de context van de omstandigheden van het

concrete geval - inclusief de omstandigheden van het actuele krachtenveld op het gebied van data in het OV en recente ontwikkelingen in de omgang met privacy meer in het algemeen. U kunt die omstandigheden in uw uitspraak ook benoemen en aangeven hoe die meewegen in uw oordeel.

Maar in dat laatste geval zal een aantal invloedrijke mensen en instituties waarschijnlijk niet blij zijn met uw uitspraak, want nog los van of u mij daarmee in het gelijk stelt of niet, menen zij waarschijnlijk belang te hebben bij het niet-benoemen van een aantal zaken.

Ik twijfel niet aan het vermogen van uw Afdeling om, wat u ook kiest, uw keuze te motiveren met lange, grammaticaal correcte volzinnen. Dat is op zichzelf ook goed. Van mijn kant ben ik wel voornemens die volzinnen straks te analyseren, waar nodig kritisch te beschouwen, en die beschouwing ook in de publiciteit te brengen. Als er sprake is van een goede motivering, zal ik dat toejuichen. Als er in mijn ogen sprake is van rationalisaties waarmee zaken worden toegedekt, ben ik voornemens dat te benoemen.

Als de privacy van Nederlandse OV-reizigers in de ogen van ons hoogste bestuursrechtelijke rechtscollege zonder noodzaak structureel mag worden aangetast en in essentie mag worden afgeschaft, dan zal ik daaraan zoveel mogelijk ruchtbaarheid geven. Ook ben ik dan voornemens daarover een verzoekschrift in te dienen bij de juiste Europese rechter (ofwel het EHRM, ofwel het HvJEU - graag hoor ik van u tot welke van deze beide instanties ik mij in dat geval zou moeten wenden).

B: Passages uit *Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis* (29 april 2020)

Uw zaaknummers: 2019-06880; 2019-07478; 2020-01625; 2020-01629

## 1.1 De vergankelijkheid van de rechtsstaat

Op de middelbare school leerde ik tijdens de geschiedenisles dat Charles Montesquieu met zijn beroemde boek "Perzische brieven" (*Lettres Persanes*) probeerde om zijn Franse lezers, en in het bijzonder het Franse bestuur van zijn tijd, een spiegel voor te houden. In het boek wordt het Franse maatschappelijke en bestuurlijke bestel beschreven vanuit het perspectief van fictieve bezoekers, afkomstig uit een ver en zeer exotisch land: Perzië.

Montesquieu wordt heel terloops even genoemd in de roman *Samarcande* van Amin Maalouf (1988), die met steun van de EU in het Fins is vertaald door Annikki Suni.<sup>33</sup> Ongetwijfeld is het ook vertaald in het Nederlands, maar dat kan ik op dit moment niet nagaan. Het is duidelijk dat de roman, die werd geschreven ten tijde van het hoogtepunt van de moderne, democratische rechtsstaat in West-Europa, naar Montesquieu verwijst, en dat het verhaal mede bedoeld was als waarschuwing hoe kwetsbaar onze democratische en rechtsstatelijke verworvenheden zelfs op dat tijdstip waren. Dat is nu meer dan dertig jaar geleden.

Voorin het boek staat een citaat van Edgar Allan Poe:

*En werp nu je blik op Samarkand! Is dat niet de koningin der aarde? Trots verheven  
boven alle steden, met hun lot in haar handen?*

Het doet denken aan Ozymandias, "King of Kings". Ooit machtig en onaantastbaar, maar reeds lang geleden tot stof vergaan. Hoe staat het er inmiddels voor met onze democratische rechtsstaat?

Ik begin deze motivering vandaag, 13 april 2020, nog geen maand nadat de Covid-19 als crisis ook Noordwest-Europa en de Verenigde Staten bereikte. De autoriteiten legden het maatschappelijke leven in belangrijke mate stil en verplichtten burgers om zich fysiek van elkaar te isoleren.

### ***Ontdekking en beschrijving van de in gang zijnde afbraak van de rechtsstaat***

Sinds medio 2014 probeer ik mijn privacy te beschermen tegen verschillende maatregelen waarmee overheden, grote bedrijven en NGO's die proberen aan te tasten. In het begin ging ik er nog van uit dat ik in een rechtsstaat leefde waarin ik bij de bevoegde toezichthouder een beroep kon doen op de bescherming van mijn recht op privacy, waarna die effectief zou ingrijpen. Nadat de toezichthouder dat weigerde, ging ik ervan uit dat ik bij de rechter met succes een beroep kon doen op de wet, die de toezichthouder verplicht om in te grijpen.

Nadat ik in verschillende juridische procedures gemerkt had dat rechters weigerden de handelwijze van de toezichthouder op een adequate wijze aan de wet te toetsen, daagde het me dat het uitgangspunt dat ik in een rechtsstaat leefde, mogelijk niet in overeenstemming was met de werkelijkheid.

---

<sup>33</sup> Aamin Maalouf, *Samarcand*, vertaling Annikki Suni, Gummerus Kustannus Oy, Helsinki, 2009. Omdat ik op dit moment niet over een Nederlandse versie beschik, zijn de citaten door mij in het Nederlands vertaald.

Geleidelijk, bij het analyseren van de rechterlijke uitspraken die in mijn zaken werden gedaan, en bij het lezen van artikelen in de media, nieuwsberichten en de reacties van burgers daarop, ontdekte ik dat er bij veel burgers, bestuurders van overheden en bedrijven, toezichthouders en rechters sprake was van:

- **autoritair denken** (in tegenstelling tot redelijk en rechtsstatelijk denken);
- een proces waarin statelijke en commerciële machthebbers door middel van hun greep op media het zogenaamde "**collectieve belang**" poogden te definiëren, dat dan - niet geheel toevallig - bleek overeen te komen met deelbelangen van die machthebbers zelf;
- een proces waarin zulke vermeende "collectieve belangen" werden gebruikt als argument om zonder objectiveerbare noodzaak **grondrechten van individuele burgers te schenden** (met name hun recht op privacy);
- een proces waarin (het belang van) "**connectiviteit**" tussen burgers en hun maatschappelijke omgeving reductionistisch werd opgevat als (het belang van) grootschalige **digitale verwerking en koppeling** van informatie over burgers door die machthebbers;
- **structurele collusie van de toezichthouder/handhaver** (de AP) met die machthebbers;
- een proces waarin feitelijk handelen met als doel om ongeacht wet- en regelgeving **voldongen feiten** te creëren, achteraf door lagere rechters werd gesanctioneerd en daarmee **witgewassen**.

Ik leidde hieruit af dat de **rechtsstaat op het gebied van privacy dreigde te worden afgeschaft**, en dat allerlei machthebbers reeds bezig waren om die afschaffing te **normaliseren**. Toen het me eenmaal duidelijk werd in welk **krachtveld** ik me als burger bevond, begreep ik dat ik niet kon vertrouwen op de integriteit van het puur rechtsstatelijke oordeelsvermogen van de rechterlijke macht. Het werd me duidelijk dat ik alleen een (kleine) kans van slagen had in juridische procedures als ik in samenhang daarmee publiciteit zocht en mijn best deed om ook politieke inbreng te leveren (via een gemeenteraad en een commissie van de Tweede Kamer).

Gaandeweg legde ik mijn waarnemingen, analyses en inzichten vast in een aantal juridische en politieke documenten. De volgende negen documenten uit 2019/2020 bieden samen een overzicht van mijn analyse en daarop gebaseerde visie. In chronologische volgorde:

- Beroepschrift d.d. 5 augustus 2019 en motivering verzoek voorl. voorziening tegen opheffen last dwangsom **adresgebonden afvalpas** Arnhem (zaaknr. rechtbank: ARN/ 4218);
- Pleitnota d.d. 20 augustus 2019, zaaknr. rechtbank: ARN 18/ 546 en ARN 18/ 1487 (**privacy-discriminatie OV-chipkaart; niet-anonieme zg. "anonieme" OV-chipkaart**);
- Inbreng d.d. 2 september 2019 ("**Privacy, vrijheid en diftar (4)**") voor gemeenteraadsvergadering Arnhem d.d. 4 september 2019;
- Hoger-beroepschrift d.d. 10 september 2019, uw zaaknr: 2019-06880 (adresgebonden afvalpas);
- Impressie en analyse d.d. 7 oktober 2019 ("**OV-data-jacht - op weg met surveillance corporatism**") van rondetafelgesprek kamercommissie Infrastructuur en Waterstaat;
- Hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019 (gemotiveerd 29 oktober 2019), uw zaaknummer: 2019-07478 (privacy-discriminatie OV-chipkaart; niet-anonieme "anonieme" OV-chipkaart);
- Pleitnota d.d. 16 december 2019, zaaknr. rechtbank: ARN 19/2901 en ARN 19/3510 (**weigering contante betaling Connexion en diverse privacy-schendingen door NS**);
- Beroepschrift d.d. 4 januari 2020, zaaknr. rechtbank: ARN 20 / 68 (**weigering contante betaling door bioscoop**);

- Hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020, uw zaaknr's: 2020-01625, 2020-01629/1 en 2020-01629/2 ("**Lof der individualiteit - privacy, connectiviteit en autoritair denken**"; weigering contante betaling door Connexxion en drie privacy-schendingen door NS).

Na indiening van deze negen documenten hoopte ik dat ik voorlopig klaar was, in ieder geval totdat de andere procespartijen (de AP, de gemeente Arnhem, NS, Connexxion en de bioscoop Focus) eventueel met nieuwe argumenten zouden komen. Immers, ik had met deze teksten een geïntegreerde visie gepresenteerd van een rechtsstaat die op een kruispunt is aangekomen: voortzetting van het rechtsstatelijke project, en dus privacy serieus nemen, of afscheid nemen daarvan. Duidelijker kon ik het op dat moment niet maken.

### ***Crisistijd - het krachtenveld verandert opnieuw***

Maar anderhalve week later arriveerde de corona-crisis in Noordwest-Europa en Noord-Amerika, het kerngebied van het transatlantische machtsbolwerk dat sinds de Tweede Wereldoorlog en vooral sinds 1989 de wereld heeft gedomineerd. Tot mijn verrassing leek het simpele virus in staat om in luttele dagen dit gehavende, maar nog steeds enorme machtsbolwerk verregaand uit balans te brengen, zowel intern als in relatie tot het opkomende China.

Daardoor leek het krachtenveld opnieuw ingrijpend te wijzigen, ten nadele van rechtsstatelijk denken en ten gunste van autoritair denken.

In combinatie met mijn persoonlijke omstandigheden sinds het begin van de corona-crisis en nieuwe literatuur die ik tot me nam, leidde dat bij mij tot het inzicht dat er toch nog een aanvulling nodig is. De rechtsstaat is niet alleen op een kruispunt aangekomen, maar het bestuur ervan heeft ook al de eerste stappen gezet om die, met steun van tech-bedrijven, af te schaffen. Zelfs in West-Europa is de rechtsstaat niet langer de *default option*, maar hooguit nog de *primus inter pares*, dat wil zeggen: een optie waar onze huidige bestuurders niet per se de voorkeur aan geven.

Dit is voor mij aanleiding om deze aanvullende motivering over "Privacy, ethiek en rechtspraak in tijden van crisis" te schrijven. Ik wil duidelijk maken hoe cruciaal het is dat uw Afdeling juist in deze tijd ethische overwegingen op een zorgvuldige wijze tot uitdrukking laat komen in uw beoordeling van de door mij aan u voorgelegde zaken.

(...)

### 1.3 Ethische verdediging van de rechtsstaat als optie

Als de voortzetting, het herstel of het oprichten van een rechtsstaat niet meer dan een optie is, op welke gronden kan die optie dan aantrekkelijk zijn? In hoofdzaak zijn er maar twee gronden: eigenbelang en ethische gronden.

Ik zal eerst ingaan op eigenbelang als motief voor het voortzetten, herstellen of oprichten van een rechtsstaat. Daarin zal ik aanvoeren dat het behartigen van eigenbelang noodzaakt tot het praktiseren van op zijn minst een minimalistische vorm van ethiek. Daarna zal ik ingaan op ethiek als eigenstandig motief voor de bouw of instandhouding van een rechtsstaat.

#### 1.3.1 Eigenbelang en de rechtsstaat

Als het gaat om eigenbelang, dan moet er onderscheid worden gemaakt tussen de deelbelangen van verschillende groepen. Hebben machthebbers in het huidige bestel belang bij de rechtsstaat? En hoe zit het met nieuwe aspirant-machthebbers? Met burgers? Met kleine ondernemers? CEO's van grote, gevestigde bedrijven? Vakbondsbestuurders? Ambtenaren? Regeringsadviseurs?

Ik zou voor elk van deze groepen een analyse kunnen maken. Daaruit zou naar voren komen dat leden van elke groep, voor zover ze op enige wijze macht willen uitoefenen of snel een bepaald resultaat willen behalen, een individueel korte-termijn-belang zouden hebben bij de opheffing van bepaalde onderdelen van de rechtsstaat. De burger die een schaduwrijke boom voor zijn huis zou willen kappen, de ondernemer die bepaalde knellende (belasting-)regels zou willen ontwijken, de ambtenaar en de bestuurder die een project willen doorzetten - allemaal zouden zij de rechtsstaat graag kort even opzij schuiven om hun doelen efficiënt te kunnen verwezenlijken, om daarna weer verder te gaan met genieten van de bescherming die de rechtsstaat hun biedt.

*To have one's cake and eat it.* Als iedereen dat deed, zou de rechtsstaat natuurlijk binnen enkele dagen verdwenen zijn, en daarmee ook de bescherming van bijna alle aspecten van ons leven.

#### ***De rechtsstaat als uitvloeisel van eigenbelang en "mini-ethiek"***

Om deze reden hebben we als individuen bijna allemaal een lange-termijn-belang bij de instandhouding of het herstel van een rechtsstaat in enige vorm. Dit lange-termijn-belang kunnen we alleen verwezenlijken, of althans effectief nastreven, door middel van collectieve afspraken en actie. Thomas Hobbes (*Homo homini lupus*) had daar zeker een punt.

Ethiek kan worden opgevat als een zoektocht naar zulke collectieve afspraken - niet alleen over hoe te handelen, maar ook over hoe te spreken, te denken en te voelen. Met andere woorden, zelfs als we als individuen alleen ons eigen deelbelang zouden willen nastreven, zou het lonen om een gezamenlijke, collectieve ethiek te ontwikkelen en daarnaar te leven.

Vanuit dat perspectief gezien, is de rechtsstaat op zijn minst een voorbeeld van een mogelijke verzameling van zulke collectieve afspraken, die aan alle deelnemende individuen op de wat langere termijn voordeel brengt.

Het is, nog steeds vanuit eigenbelang gezien, daarvoor niet nodig dat de rechtsstaat gebaseerd is op één of ander diep principe (zoals bijvoorbeeld rechtvaardigheid, of zelfs *goddelijke rechtvaardigheid*, zoals werd betoogd door filosofen tijdens de Verlichting, bijvoorbeeld Leibniz).

In plaats daarvan is de rechtsstaat in die opvatting niet meer dan een soort bescheiden vehikel voor het creëren van collectieve voorwaarden voor het bevorderen van individueel eigenbelang - een soort collectief "mini-yana" of "mini-ethiek", als aanvulling op, of verlengstuk van het in mijn hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020 genoemde, individuele "mini-yana" van humanisme.<sup>34</sup>

### ***Waarom zou ethiek nuttig of nodig zijn als het recht een kwestie is van eigenbelang?***

Maar als we uitgaan van een dergelijke, minimalistische argumentatie ter onderbouwing van de wenselijkheid van de voortzetting, het herstel of het creëren van een rechtsstaat, waarom zouden we het dan nog hebben over ethiek? Als het uiteindelijk alleen om eigenbelang gaat, waarom zou ethiek dan nog enige rol moeten spelen? Kunnen we dat prekerige, zweverige gedoe niet bij het afval van de geschiedenis zetten? Is ethiek niet gewoon een vorm van *nostalgie*?

Mijn antwoord op deze vraag is dat ethiek en eigenbelang in de praktijk(!) niet van elkaar kunnen worden losgekoppeld. Het oprichten en instandhouden van een rechtsstaat vereist samenwerking tussen verschillende individuen. Om van de grond te kunnen komen, vereist die samenwerking een bepaalde mate van vertrouwen tussen die individuen. En dat vertrouwen kan alleen worden opgebouwd, als er sprake is van een mate van geloof (bij het ene individu) in een mate van oprechtheid (bij de andere individuen met wie dat ene individu te maken heeft). En dat geldt voor alle individuen.

We zouden ons nu kunnen begeven op het gebied van de speltheorie, met begrippen zoals "*prisoners' dilemma*" en "*free riders*". Maar ik kies voor een iets andere weg.

Het geloof in andermans oprechtheid valt door die ander slechts op twee manieren te creëren: (1) door middel van oprechte oprechtheid; en (2) door middel van uitstekend gespeelde oprechtheid.

Nu wil het geval dat het voor mensen in de praktijk(!) efficiënter is om oprecht oprecht te zijn, dan om een uitstekend toneelstuk van oprechtheid op te voeren. Zo'n toneelstuk kost van degene die het opvoert, veel aandacht en energie - zelfs na uitgebreide oefening.

Bovendien verliest iemand die het grootste deel van zijn of haar tijd zo'n toneelstuk opvoert, een deel van zijn of haar "voeling" met hoe het is om oprecht-oprecht te zijn. Immers, wie zo'n toneelstuk speelt, is bezig met het nabootsen van oprechtheid, en kan die daardoor niet tegelijkertijd ten volle ervaren. Het wordt voor zo iemand geleidelijk aan steeds moeilijker om zelf nog waar te nemen in hoeverre de nabootsing adequaat is. Daardoor gaat de kwaliteit van de nabootsing na een tijdje achteruit. Die krijgt iets glazigs, iets kunstmatigs, iets houterigs, en komt geleidelijk aan steeds minder overtuigend over op anderen. Bij veel machthebbers (politici, leiders van grote bedrijven, vooraanstaande figuren die veel optreden in de media) zie je dat na een aantal jaren gebeuren - als het niet vanaf het begin al zichtbaar is.

Eén van de verschillen tussen enerzijds een doorsnee-politicus en anderzijds een staatsman of -vrouw is dat een staatsman of -vrouw, ondanks het machtsspel dat hij of zij moet spelen, op

---

<sup>34</sup> Michiel Jonker, *Lof der individualiteit* (hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020), paragr. 2.3.3 (pag. 24).



essentiële punten zijn of haar oprechte oprechtheid bewaart, dat wil zeggen: voortzet, zonder zichzelf door de macht te laten overnemen. Een staatsman of -vrouw *heeft* macht, maar *is* geen macht. Dat maakt bijvoorbeeld Angela Merkel zo indrukwekkend. Ondanks haar grote macht, is ze daar niet aan verslaafd geraakt - voor zover ik althans van (toegegeven, grote) afstand kan zien.

In vergelijking met gespeelde oprechtheid is oprechte oprechtheid daardoor niet alleen efficiënter, maar op de lange termijn vaak ook doelmatiger - afhankelijk van de omstandigheden.

Als het om die omstandigheden gaat, komt er een tweede factor in het spel, namelijk die van wederkerigheid. Oprechte oprechtheid leidt ertoe dat wanneer je een ander in de ogen kijkt, je daarin een spiegel van jezelf ziet. Oprechte oprechtheid creëert, zodra twee mensen met die houding elkaar ontmoeten, een verhouding van wederkerigheid in de vorm van wederzijdse erkenning van elkaars bestaan, elkaars waarde, elkaars kwetsbaarheid en elkaars belangen, en ook van wederzijdse *herkenning* van de erkenning waartoe de ander overgaat. Er komt in het contact een uitwisseling op gang, een circulaire stroom. Die uitwisseling creëert wederzijds vertrouwen.

Een ethische houding is oprechte oprechtheid in combinatie met het daaruit voortkomende waagstuk van een door verstand gematigde overgave aan het vertrouwen dat is opgeroepen door de wederkerigheid in zo'n uitwisseling, of in de waarneming van zo'n uitwisseling tussen anderen.

Maar een ethische houding wordt niet alleen mogelijk gemaakt door de omstandigheid van wederkerigheid, ze maakt zelf ook wederkerigheid mogelijk, en vormt dus zelf ook een omstandigheid.

De rechtsstaat is in essentie een bouwwerk van omstandigheden in de vorm van wederkerigheden en ethische houdingen, dat is gebouwd met behulp van contact tussen vele individuen die elkaar in vele functies ontmoeten en tijdens die ontmoetingen met elkaar vertrouwen opbouwen.

Eerder, in mijn pleitnota d.d. 16 december 2019 en mijn hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020 ("Lof der individualiteit") heb ik de privé-sfeer een "contactruimte" genoemd. Op een vergelijkbare manier vormt de rechtsstaat een contactruimte. In een contactruimte kan, dankzij de veiligheid aldaar, geëxperimenteerd worden met het opbouwen van wederzijds begrip en vertrouwen.

Zonder oprechtheid, vertrouwen en ethiek bestaat er geen rechtsstaat, en bestaat er geen recht. Hoewel het opbouwen van een rechtsstaat een manier kan zijn om ons eigenbelang te dienen, is ons eigenbelang op zichzelf niet voldoende om een rechtsstaat op te kunnen bouwen. Voor dat laatste is ook ethiek nodig, in de vorm van de ethische houding van voldoende individuen die samen met elkaar werken aan de opbouw van het recht en de rechtsstaat.

Als we het in ons eigen belang achten om een rechtsstaat op te bouwen, zijn oprechte oprechtheid en ethiek daarom in ons eigen belang.

### ***Eigenbelang in relatie tot autoritair bestuur***

Stel nu dat we die ethiek, ondanks de efficiëntie en doelmatigheid ervan bij het opbouwen van een rechtsstaat, toch maar lastig en vervelend vinden - bijvoorbeeld omdat die ons confronteert met aspecten van onszelf die we liever niet onder ogen zien. We zouden dan kunnen zoeken naar

andere manieren om ons eigen belang te behartigen - dat wil zeggen: niet via de opbouw van een rechtsstaat, maar via andere middelen.

In verschillende teksten, waaronder mijn hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020, heb ik aandacht besteed aan het meest voor de hand liggende alternatief voor de rechtsstaat, namelijk de autoritair bestuurde staat.<sup>35</sup> Of dit autoritaire bestuur nu in handen is van een autocraat (zoals in het huidige Rusland, China, Turkije of Hongarije), een oligarchie van miljardairs waaronder tech- en data-bazen (zoals in de Verenigde Staten) of een corporatistische elite van bestuurders van overheidsinstellingen, semi-overheidsinstellingen en grote bedrijven (zoals in Nederland), blijkt in de praktijk van secundair belang: in al deze gevallen worden door het autoritaire bestuur digitale middelen ingezet om burgers hun privacy zo volledig mogelijk af te nemen, hen zo volledig mogelijk te onderwerpen en hen zo gedetailleerd mogelijk te *nudgen* en aan te sturen (micro-management van het dagelijkse leven van de burgers/onderdanen).

### ***Autoritair bestuur en deelbelangen***

Een autoritair bestuur staat in de praktijk altijd in dienst van de deelbelangen van een bevoorrechte elite. Als uw Afdeling zichzelf in de praktijk primair beschouwt als een deel van die bevoorrechte elite, en pas secundair als een deel van de rechtsgemeenschap van alle Nederlandse burgers, dan zou het begrijpelijk zijn als uw Afdeling de voorkeur zou geven aan een autoritaire bestuursvorm boven een rechtsstaat. Uw functie zou dan zijn om de façade van een rechtsstaat in stand te houden omwille van de voortzetting en facilitering van die autoritaire bestuursvorm.

In dat geval zou de vraag rijzen waarom het voor uw Afdeling überhaupt interessant zou zijn om kennis te nemen van de ethische aspecten van het recht, voor zover die verder reiken dan een puur utilitaire, instrumentele benutting van ethisch klinkende retoriek.

Op die vraag heb ik twee antwoorden. Ten eerste bestaan er natuurlijk ook binnen een bevoorrechte groep vraagstukken van wederkerigheid, al dan niet gespeelde oprechtheid en vertrouwen. U zou deze aanvullende motivering dan kunnen opvatten als een speels handvat voor reflectie over uw eigen positie binnen de groep die er toe doet - dat wil in dat geval zeggen: niet de Nederlandse rechtsgemeenschap, maar de Nederlandse bestuurlijke elite.

Ten tweede kan er sprake zijn van overgangssituaties. Bijvoorbeeld de overgangssituatie waarin een maatschappelijke structuur (inclusief min of meer vaststaande voorrechten en verplichtingen) instort, waarbij leden van de voormalige elite, of mensen die goede contacten hebben met leden van die voormalige elite, voor zichzelf een nieuwe weg moeten proberen te vinden. En de overgangssituatie waarin gevoelens van rechtvaardigheid en persoonlijke loyaliteitsgevoelens met elkaar verward, verknoopt en soms in strijd zijn (zeg maar: een feodale situatie). Het gaat dan dus om allerlei dingen die onder de oppervlakte van de rechtsstaat broeien en die zich, als de rechtsstaat zwakker wordt of instort, nadrukkelijk kunnen gaan manifesteren. In dat soort overgangssituaties, waarin gevestigde macht of de restanten daarvan minder bescherming bieden, wordt ook voor diegenen die redeneren vanuit eigenbelang, ethiek toch weer interessanter.

(...)

---

<sup>35</sup> Michiel Jonker, *OV-data-jacht - op weg met surveillance corporatism*, 7 oktober 2019; *ibid.*, motivering d.d. 29 oktober 2019 van hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019, paragraaf 1.7 (pp. 11-20) en par. 4.1 (pp. 47-48); *ibid.*, *Lof der individualiteit - privacy, connectiviteit en autoritair denken* (hoger-beroepschrift), 6 maart 2020, par. 3 en 4 (pp. 68-119).

### 1.3.2 Eigenstandige ethische redenen voor een rechtsstaat

Hoewel ik hiervoor, in paragraaf 1.3.1, heb aangegeven waarom bijna alle individuele mensen, inclusief leden van elites, zelf belang hebben bij de rechtsstaat in enige vorm, en daarom ook bij ethiek in enige vorm, gaat deze aanvullende motivering in hoofdzaak niet over eigenbelang, maar over de functie van ethiek als een wezenlijk element van het recht, met een eigen, intrinsieke waarde.

Zoals u weet uit mijn pleitnota van 16 december 2019 voor de rechtbank Gelderland, die ik bij het onderhavige dossier heb gevoegd,<sup>36</sup> ben ik van mening dat ethiek een wezenlijk deel is van al het recht, en ook een wezenlijk deel van de voedingsbodem daarvan. Een rechtspleging zonder ethische reflectie verdient in mijn ogen de naam "recht" niet. Een staat waarin het "recht" in de praktijk niet langer mede gevormd wordt door ethische afwegingen, is in mijn ogen geen rechtsstaat.

De vraag is of alle bestuursrechters het daar in de concrete praktijk mee eens zijn, dat wil zeggen: daar in de concrete praktijk naar handelen (immers: *actions speak louder than words*). In mijn hoger-beroepschrift d.d. 6 maart jl. heb ik een voorbeeld gegeven van letterlijk-correcte, maar tegelijk inhumane en onethische rechtspleging in de praktijk, ter illustratie voor mijn pleidooi voor een "(re)humanisering" van het bestuursrecht. Dat ging over de Amerikaanse rechter Neil Gorsuch, die het belangrijker vond zich te beperken tot een puur-letterlijke interpretatie van een wet ter bescherming van werknemers, dan zich te verhouden tot het materiële feit dat als de werknemer de letter van die wet had gevolgd, hij was doodgevroren.<sup>37</sup> In paragraaf 2.1 van deze aanvullende motivering zal ik een tweede voorbeeld geven van een gebrek aan humaniteit in de rechtspleging, dit keer in het Nederlandse bestuursrecht, uit mijn eigen ervaring.

In dit verband wil ik erop wijzen dat zelfs brute dictators die miljoenen mensen de dood injoegen, zoals Stalin en Hitler, op enige wijze probeerden hun moorddadige handelingen en beslissingen met materiële argumenten ethisch te rechtvaardigen, hoe pervers, oppervlakkig, kwaadaardig en gespeend van realiteitszin die zogenaamde rechtvaardigingen ook waren.

Een pure verwijzing naar letterlijke teksten van wetten of contracten, zonder dat een rechter zich oprecht verhoudt tot de materiële feiten van een zaak, is een onethische vorm van "rechtspleging" - ook zonder dat er sprake hoeft te zijn van enige vorm van directe corrupte beïnvloeding van de rechter door derden.

#### ***Hobbesiaanse rechtsopvatting***

Een dergelijke onethische rechtspraktijk heeft overigens eeuwenoude wortels in de Europese rechtsontwikkeling, zoals naar voren komt in een verhandeling over de tegenstelling tussen de rechtsopvattingen van Leibniz en Hobbes - waarbij het in die tijd ging over de rechtvaardigheid van God en het aantonen daarvan (theodicee):

---

<sup>36</sup> Michiel Jonker, pleitnota 16 december 2019 (bijlage 4 bij hoger-beroepschrift d.d. 6 maart 2020). De Rechtbank Gelderland stond mij niet toe die voor te lezen - zie paragrafen 3.3.1 (pag. 88) en 3.3.3 (pag. 93) van mijn hoger-beroepschrift voor een verslag van dat incident.

<sup>37</sup> Hoger beroepschrift d.d. 6 maart 2020, par. 4.2, pag. 107 (rechter Neil Gorsuch en de zaak-Maddin).

It seems reasonable to begin with Hobbes' theodicy efforts; for it is plain that the mature Leibniz viewed him as a kind of *summa* of dangerous moral, political, and theological errors. And in fact it would be hard to imagine a theodicy more anti-Leibnizian than Hobbes': for the English philosopher's central claim is that, of the alleged "perfections" of God, we really know only omnipotence, overwhelming causal power - that we merely ascribe moral perfection (and even omniscience) to him as a mark of honor. Hence the Hobbesian universe is just an "effect" of divine causality; and we have no right to "call God before the bar" of human justice. (...) In Hobbes, then, God is universal monarch solely because he alone is irresistibly powerful - simply a matter of fact; he need be "divine" in no other way, and if a man acquired such power (though he cannot), his "right" would be equal to God's.<sup>38</sup>

We zien hier dat Hobbes ten aanzien van God een agnosticisme bepleit dat vergelijkbaar is met het agnosticisme dat rechter Neil Gorsuch bepleitte ten aanzien van de bedoeling van een Amerikaanse wet ter bescherming van werknemers. Agnosticisme kan in bepaalde omstandigheden moreel verwerpelijk zijn, wanneer het een vrijbrief geeft aan machtsmisbruik en het recht van de sterkste. "*Wir haben es nicht gewußt*" is slechts één van de akeligste voorbeelden daarvan.

Het andere wat opvalt in Hobbes' benadering, is de nadruk op rauwe macht ("overwhelming causal power"). Hobbes "rechtvaardigt" God door hem op te vatten als een tiran die door niemand ter wereld ter verantwoording kan worden geroepen. Wat Hobbes in essentie zegt, is: *Hij heeft de totale macht, en dus moet hij beschouwd worden als totaal rechtvaardig*. Dat is de kernredenering van alle autoritair denkenden. En het is tevens fundamenteel in strijd met de beginselen van enige rechtsstaat. In de rechtvaardiging van willekeurige machtsuitoefening gaat Hobbes op die manier verder dan Machiavelli, die zijn aandacht meer richtte op het effect van machtsuitoefening.

Het contrapunt in Hobbes' gedachten over de rechtvaardigheid van machtsuitoefening door God, is het idee van een "contract" tussen mensen, waarmee de machtsuitoefening van de menselijke overheid (*Leviathan*, in enige vorm) wordt gerechtvaardigd. Hobbes lijkt al het menselijke per contract te willen regelen - bijvoorbeeld ook wat door mensen als waarheid moet worden beschouwd, en wat niet:

In any case, according to Hobbes, God's kingdom [on earth], whether of the old "covenant" or the new, exists "by force of our covenant, not by the right of God's power."

En dat contract tussen mensen komt wat Hobbes betreft niet tot stand op grond van redelijkheid of een welwillend oog voor elkaars belangen, maar op grond van de onderlinge machtsverhoudingen. Niks geweten, niks empathie, alleen macht telt.

Het is die Hobbesiaanse houding die we ook terugzien in de wurgcontracten ("algemene voorwaarden") waarmee vervoerbedrijven zoals NS en Connexxion hun machtspositie in het OV gebruiken om hun wil op te leggen aan OV-reizigers, door die reizigers contractueel te dwingen hun persoonsgegevens aan deze vervoer-cum-data-bedrijven af te staan.

De vraag is nu hoe het Nederlands en Europees recht zich tot deze Hobbesiaanse ideologie verhouden, wanneer die in Nederland in praktijk wordt gebracht door partijen als NS en

---

38 Patrick Riley, *Leibniz' Universal Jurisprudence - Justice as the Charity of the Wise*, Harvard Univ. Press, 1996, pp. 91, 95.

Connexion, en wordt gedoogd door de AP als toezichthouder. Ziet de Nederlandse rechter het recht slechts als de uitkomst van een machtsstrijd, vastgelegd in een wet die eigenlijk niet meer is dan een contract? Of ziet de rechter het recht daarnaast ook als de uitkomst van eigenstandige ethische afwegingen, waarin begrip, compassie en rechtvaardigheidsbewustzijn een rol spelen?

Te oordelen naar de rechterlijke uitspraken die ik de afgelopen twintig jaar heb gezien, zijn Nederlandse bestuursrechters in deze periode verrassend ver opgeschoven naar een Hobbesiaanse rechtsopvatting, vermoedelijk onder invloed van het in dezelfde periode dominante, Angelsaksische neoliberalisme, waarin Hobbesiaanse opvattingen eveneens sterk tot uitdrukking komen. Willekeur en het recht van de sterkste, verpakt in een "contract"...

Op die manier is het op zich geen wonder dat het Nederlandse bestuursrecht, zoals het tot uiting komt in de rechtspraak, op gespannen voet is komen te staan met het meer op continentale tradities georiënteerde, Europese recht, waarin plichtethiek, verantwoordingsethiek en de functie van de wet als ethisch richtsnoer meer centraal lijken te staan - hoewel ook in het Europese recht de toetsing van besluiten helaas steeds verder gereduceerd lijkt te worden tot een soort "marginale" toetsing of besluiten in procedureel opzicht correct tot stand zijn gekomen.

### ***Leibniziaanse rechtsopvatting***

Over Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) zegt de flaptekst van het boek *Leibniz' Universal Jurisprudence* (1996) het volgende: "Although Leibniz is universally regarded as the greatest German philosopher before Kant, his work as a political and moral philosopher is almost entirely neglected in the English-speaking world, where he is seen chiefly as a metaphysician, mathematical logician, and co-discoverer of calculus." Dat was ruim twintig jaar geleden, ik weet niet hoe de situatie nu is. Tot enkele jaren geleden wist ik zelf bijna niets over Leibniz, totdat ik hoorde over zijn theorie over "monaden" - die me deed denken aan enkele ingrediënten van een fictieve, semi-religieuze wetenschap die ik als jongvolwassene had bedacht, geïnspireerd door de stelling "*Anything goes*" van wetenschapsfilosoof Paul Feyerabend.

Ongeveer een jaar geleden trof ik een aantal tweedehands boeken over Leibniz aan en probeerde tijd en energie te vinden om daar kennis van te nemen, hetgeen niet goed lukte als gevolg van alle privacy-rechtszaken die voortvloeiden uit het structurele taakverzuim van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) en mijn weigering dat taakverzuim te accepteren.

Eén van die tweedehands boeken was *Leibniz' Universal Jurisprudence - Justice as the Charity of the Wise*. De titel raakte me meteen: welwillende wijsheid, wijze liefdadigheid, dat was precies wat ik in bijna al die rechtszaken had gemist bij de betreffende, Nederlandse bestuursrechters.

Zo'n driehonderd jaar na Leibniz vind ik het niet nodig het idee van "liefdadigheid van de wijzen" op te hangen aan het idee van een almachtige, goedwillende God. Het kan prima op eigen benen staan, als zeer gerespecteerde bijdrage aan wat ik in mijn hoger-beroepschrift van 6 maart 2020 "groeihumanisme" noem. Ook al is het volstrekt anachronistisch, ik vind het jammer dat Leibniz zichzelf in zijn controversie met Hobbes onderuit haalde door Hobbes' rechtvaardigheids-agnosticisme via een theodicee te willen bestrijden. Want het basisidee was goed:

"Wisdom," he argued in the "Meditation on the Common Concept of Justice," "is in the understanding, and goodness is in the will. And justice as a result is in both. Power is

another matter, but if it is added it transforms right into fact." (...) an action, rationally chosen, had to be involved. And this is why Leibniz always defined justice as "the charity of the wise." "The proper treatment of justice and that of charity cannot be separated," he urged in one of his earliest writings. (...) "I, too, after having tried countless definitions of justice, finally felt myself satisfied only by this one; it alone I have found universal and reciprocal." Charity is "a universal benevolence, which the wise man carries into execution in conformity with the measures of reason, to the end of obtaining the greatest good."<sup>39</sup>

Met andere woorden, Leibniz zag ethische afwegingen alsmede daarmee overeenstemmende actie als onontbeerlijke delen van het recht.

### ***Hobbesiaans of Leibniziaans?***

Als uw Afdeling kiest voor een Hobbesiaanse benadering waarbij er voor ethiek in de rechtspraktijk van het bestuursrecht geen plaats is, omdat het recht in de praktijk slechts wordt benaderd als een optelsom van berekeningen op basis van parameters en variabelen in wetsteksten die worden opgevat als kleine lettertjes een contracten, en die zoveel mogelijk worden uitgelegd conform de wensen van bestuurders met macht, dan zult u deze aanvullende motivering misschien irrelevant vinden.

Maar als een meer Leibniziaanse benadering u aanspreekt en u ook belang hecht aan ethische afwegingen die losstaan van vigerende machtsverhoudingen, dan heb ik goede hoop dat uw Afdeling de rest van deze motivering met "oprechte oprechtheid" (zoals beschreven in paragraaf 1.3.1) zult lezen.

In de huidige corona-crisis zijn er twee bewegingen waarneembaar. Er is een beweging van machthebbers die de crisis proberen aan te grijpen voor de verwerving van extra (digitale) controle. En er is een beweging van burgers die de crisis juist aangrijpen voor herbronning, onthaasting en herontdekking van hun menselijkheid, compassie en zorg voor anderen.

Ik zie deze aanvullende motivering als een deel van die tweede beweging: het aanbieden van menselijkheid aan uw Afdeling, als waagstuk (omdat er geen garantie is van welwillendheid, herkenning of wederkerigheid) in het vertrouwen dat u er goed mee om zult gaan.

Hoe het ook verder gaat lopen met het Nederlandse en Europese (bestuurs)recht, één ding staat vast: als Nederlandse en Europese bestuurders aan het Nederlandse en het Europese recht vertrouwen en legitimiteit willen ontlenuen, dan zal op de langere termijn een humane ethiek in de rechtsvorming een belangrijke plaats moeten krijgen.

---

<sup>39</sup> Patric Riley, *Leibniz' Universal Jurisprudence*, pp. 17-18.

### 4.3 Conclusie - ethiek en *framing* in relatie tot rechtspraak

Met deze aanvullende motivering over ethiek in crisistijd heb ik beoogd mijn beschrijving van het reële **krachtenveld** ten aanzien van privacy in Nederland te completeren. Eerder had ik dat krachtenveld onder andere geschetst in mijn analyse d.d. 7 oktober 2019 ("OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*"), mijn motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019 (privacy-discriminatie in het OV) en mijn hoger-beroepschrift van 6 maart 2020 ("Lof der individualiteit - privacy, connectiviteit en autoritair denken").

In het bijzonder heb ik willen wijzen op het gebruik van **framing** in dit krachtenveld, door gevestigde machthebbers via lobby-groepen die hen (al dan niet verhuld) vertegenwoordigen en die de media bespelen. Voorbeelden van die *framing* zijn "solutionisme", zoals kritisch benoemd door Morozov, en "begeleidingsethiek", zoals instemmend naar voren geschoven door ECP. In deze aanvullende motivering heb ik deze *framing* op enkele relevante punten zichtbaar proberen te maken, in de hoop dat uw Afdeling de misleidendheid ervan zal herkennen en er op een onafhankelijke manier naar zal kijken.

Daarnaast heb ik willen laten zien dat er in het algemeen, maar in het bijzonder met betrekking tot privacy, in Nederland sprake is van een **ethische problematiek** die alle geledingen van het Nederlandse bestel en alle activiteiten daarvan (beleidsvorming, besluitvorming, uitvoering, toezicht, wetgeving en rechtspraak) raakt. Dat maakt het buitengewoon zwaar en kansarm om in Nederland effectief op te komen voor het grondrecht op privacy. Ik hoop dat uw Afdeling deze problematiek impliciet en waar mogelijk ook expliciet wil adresseren, om zo iets van de integriteit van het Nederlandse bestel te herstellen op het gebied van privacy.

Ten slotte heb ik willen laten zien dat er manieren van denken en formuleren bestaan die aan bestuursrechtelijke **motiveringen meer ethisch "vlees op de botten"** kunnen geven, waardoor de kenbaarheid, herkenbaarheid en legitimiteit van het bestuursrecht zouden kunnen worden versterkt. Ik realiseer me dat het een zekere moed kan vergen om dergelijke motiveringen op papier te zetten.

Maar gezien bijvoorbeeld de zeer uitgebreide "overwegingen" aan het begin van de AVG, en de zeer uitgebreide toelichtingen die de Advocaat-Generaal van de Hoge Raad soms heeft geformuleerd (ik weet niet eens, en kan nu niet checken, of uw Afdeling eveneens beschikt over een Advocaat-Generaal), lijkt het me zeker aanbevelenswaardig om in significante casussen op deze manier meer duidelijkheid en rechtszekerheid te geven in de vorm van richtinggevende jurisprudentie.