



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een tekst op een muurtje buiten het Binnenhof, waar men zo aan voorbij loopt

Over het voorontwerp van de tijdelijke wet op test- en vaccinatiebewijzen

Besselink, L.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. (2021). Een tekst op een muurtje buiten het Binnenhof, waar men zo aan voorbij loopt: Over het voorontwerp van de tijdelijke wet op test- en vaccinatiebewijzen. Web publication or website, Montesquieu Instituut. https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vlhep129mcy4/nieuws/een_tekst_op_een_muurtje_buiten_het

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Een tekst op een muurtje buiten het Binnenhof waar men zo aan voorbij loopt

donderdag 25 maart 2021, 17:30, analyse van [Prof.Dr. Leonard Besselink](#)

Een tekst op een muurtje buiten het Binnenhof waar men zo aan voorbij loopt - Over het voorontwerp van de tijdelijke wet op test- en vaccinatie bewijzen



© Leonard Besselink

Afgelopen maandag, 8 maart, werd het voorontwerp van de Tijdelijke wet testbewijzen covid-19 [ter consultatie](#) op internet gepubliceerd. Het verplichte gebruik van testbewijzen en vaccinatiebewijzen werd in een persconferentie op dezelfde dag gelanceerd als een belangrijk instrument bij het heropenen van delen van de samenleving die wegens de corona-pandemie op slot zijn: eindelijk bevrijding. Toch blijkt snel dat het instrument inherent controversieel is zodra men het wil beoordelen op zijn verenigbaarheid met de grondwettelijke en verdragsrechtelijke grondrechten van degenen die door het instrument worden uitgesloten van de beloofde bevrijding. Graag willen we overtuigd worden dat het ook hier wel snor zit. Maar overtuigen doet de toelichting op het voorstel niet. En dat is jammer, want er staat veel op het spel.

De toelichting bij het gepubliceerde ontwerp schiet met name tekort waar het gaat om toetsing aan het discriminatieverbod en de plicht tot gelijke behandeling. Sterker, *elke* toetsing aan artikel 1 van de Grondwet en verdragsrechtelijke equivalenten ontbreekt. Deze bepalingen worden als een *afterthought* genoemd (blz. 12 en 13 Toelichting), waarbij de belangrijkste verdragsrechtelijke gelijkheids- en non-discriminatie-bepalingen niet eens worden vermeld; slechts artikel 14 EVRM wordt genoemd, terwijl nou net die bepaling geen zelfstandig discriminatieverbod behelst. Over artikel 1 Grondwet wordt gesteld dat daaraan voldaan wordt, zonder daar ook maar één argument voor te noemen.

Dit is verrassend nu verplichte vaccinatie- en testbewijzen een inherent onderscheid maken op grond van fysieke gesteldheid. Weliswaar staat dit niet gelijk aan de min of meer fysieke aard van onderscheid op basis van handicap, seksuele gerichtheid of ras, maar de vraag is of dit niet alleen maar komt omdat in principe men zich kan laten testen of laten vaccineren. Met andere woorden, in wezen gaat aan sterke aandrang uit op personen om zich te laten vaccineren of testen om onderscheid te voorkomen. Bedenk daarbij dat we hopelijk binnenkort in overwegende mate zijn gevaccineerd, maar het virus blijft rondwaren en muteren, zodat we nog lang te maken hebben met de noodzaak van besmettingsbeperkende maatregelen; deze wet zal dan niet echt tijdelijk kunnen blijken, en – anders dan nu gesuggereerd wordt – in de praktijk voornamelijk gaan over vaccinatiebewijzen en niet zozeer over testen.

Het gevolg van zulke bewijzen is dat personen worden uitgesloten van toegang tot zowel minder als meer essentiële diensten, zelfs van sommige typen van onderwijs (mbo en hbo). Het verplicht stellen van vaccinatie- of testbewijzen levert inherent een tweedeling op tussen de toegelatenen en de niet-toegelatenen.

Dit impliceert dat het uitsluiten van iemand op grond van het niet kunnen tonen van een vaccinatie- of testbewijs aan wel sterke rechtvaardigingseisen moet voldoen.

In deze blog wordt geconcludeerd dat wat er in de toelichting bij het voorstel aan rechtvaardiging te vinden is voor uitsluiting uit de samenleving van de binnenkort beperkte groep niet-gevaccineerden – het gaat dan nooit over expliciet over artikel 1 van de Grondwet – onvoldoende is.

Inhoud

- | | |
|---|-----------------------------|
| 1. Het voorstel | 3. Rechtvaardigingstoets |
| 2. Testbewijs als indirecte testplicht, vaccinatiebewijs niet een indirecte vaccinatieplicht? | 4. Niet-essentiële sectoren |
| | 5. Essentiële sectoren |
| | 6. Conclusie |

1. Het voorstel

Het voorstel beoogt in de Wet publieke gezondheid een bevoegdheid te scheppen, op grond waarvan de minister regels kan stellen ‘met betrekking tot het tonen van een testuitslag’ bij toegang tot voorzieningen op terrein van cultuur, evenementen, georganiseerde jeugdactiviteiten, horeca, of sport (art. 58ra, lid 1). Eveneens kan de regering bij amvb regels stellen ten aanzien van toegang tot middelbaar beroepsonderwijs en hoger onderwijs. ‘Regels stellen omtrent de toegang...’, het klinkt zo onschuldig. De essentie is natuurlijk dat de minister, resp. regering de toegang tot deze voorzieningen kan

verbieden als geen testbewijs wordt getoond (art. 58rc, lid 1) – zou dat niet zo zijn, zou het instrument waardeloos zijn. Dit is niet de enige plaats waar de bepalingen in de verkeerde volgorde lijken te staan: het belangrijkste staat achteraan. Zo ook het feit dat de wet niet alleen ziet op testbewijzen: artikel 58re maakt het mogelijk dat in alle gevallen waarin een testbewijs nodig is, als alternatief een vaccinatiebewijs kan worden vereist.

2. Testbewijs als indirecte testplicht, vaccinatiebewijs niet een indirecte vaccinatieplicht?

Verplichte testbewijzen komen neer op een indirecte testplicht, zegt de Toelichting (blz. 3 e.v.). Men zou dan kunnen denken dat een verplicht vaccinatiebewijs als voorwaarde voor toelating tot een voorziening dan ook een indirecte vaccinatieplicht behelst. Dit ontkent de Toelichting echter met wel zeer weinig woorden: als men niet wil vaccineren men nog altijd de mogelijkheid heeft van testen (blz. 24). Dit is echter een dubieuze en te magere redenering. De wet scheidt toch een gelijkwaardigheid tussen (negatief) testen en vaccineren. Is de redenering ‘als men niet vaccineren wil, dan moet men maar testen’ niet wezenlijk gelijk aan ‘als men niet testen wil, moet men maar vaccineren’? Testen heeft minstens zulke nadelen als vaccineren, al was het maar omdat testen bij de besmettingsgraden eigenlijk zeer vaak – veel vaker dan waarvoor de overheid gelegenheid geeft – zou moeten worden gedaan (als de regering dat organisatorisch ooit voor elkaar zou kunnen krijgen) als men het aloude WHO-beleidsadvies zou volgen. Juridisch misschien belangrijker is dat niet wordt uitgelegd gemaakt waarom men tot een inbreuk op de lichamelijke integriteit (vgl 11 Grw) in de vorm van vaccinatie niet wil verplichten (ook niet indirect? de Toelichting blijft op dit punt onduidelijk) – maar men een (indirecte) plicht tot testen wel toelaatbaar acht. Hier had toch minimaal iets over moeten worden gezegd. Sommig zwijgen getuigt van wijsheid, maar dit zwijgen zal koren op de molen zijn van de antivaxers en corona-ontkenners.

3. Rechtvaardigingstoets

De toelichting maakt een onderscheid tussen essentiële en een niet-essentiële voorzieningen, en hoewel dat nergens expliciet gezegd wordt, lijkt dit bedoeld te zijn dat een verplicht vaccinatie- of testbewijs makkelijker te rechtvaardigen is dan bij de tweede categorie. Het gaat bij niet-essentiële voorzieningen, in de woorden van de Toelichting, om voorzieningen ‘die naar maatschappelijke opvattingen voor de deelnemers onderscheidenlijk gebruikers niet van primair belang zijn en niet voor eenieder toegankelijk behoren te zijn’ (blz. 3). Wat een essentiële voorziening is, wordt niet uitgelegd. Bij implicatie zal gaan het kennelijk om een voorziening die ‘naar maatschappelijke opvattingen’ wèl van primair belang is en voor een ieder toegankelijk behoort te zijn. In de categorie ‘essentieel’ wordt expliciet ‘het openbaar vervoer of het stadhuis’ genoemd, en daarvoor worden de gewone corona-maatregelen, of eigenlijk *minder* dan de gewone corona-maatregelen voldoende beschouwd; in de praktijk: een mondkapje en geen 1,5 meter afstand in het openbaar vervoer; een mondkapje, 1,5 meter en ontsmetting in het

stadhuis. Het onderscheid tussen essentieel en niet-essentieel lijkt in overeenstemming met het gezonde verstand ('maatschappelijke opvattingen'), maar erg ver komt men er niet mee, zodra het erop aankomt hoe het een en het ander moet worden gerechtvaardigd, zoals we aanstonds zullen zien ten aanzien van het onderwijs.

De toelichting maakt duidelijk wat al evident is, namelijk dat het wenselijk is dat personen die gevaccineerd of negatief getest zijn, toegelaten moeten worden tot een voorziening als bedoeld in de wet. De toelichting schiet echter tekort in het specifiek rechtvaardigen waarom iemand die *niet* kan of wil (feitelijk of in redelijkheid) worden gevaccineerd of getest de toegang mag worden *geweigerd*. Net als bij het [briefstemmen](#), wordt wel uitgelegd waarom de baat die sommigen hebben bij een extra faciliteit gerechtvaardigd is, maar niet waarom het gerechtvaardigd is dat anderen van die faciliteit (hier: toegang tot voorzieningen) uitgesloten worden. En daar draait het toch om bij het maken van onderscheid, zou men denken.

Het wetsvoorstel formuleert eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Het stelt dat het opleggen van een plicht niet alleen evenredig moet zijn aan het doel ervan; eveneens mogen die doelen niet met minder ingrijpende maatregelen ook bereikt kunnen worden (art. 58rb onder d).

4. Niet-essentiële sectoren

Bij niet-essentiële voorzieningen zou onder deze laatste voorwaarde telkens moeten worden gerechtvaardigd waarom (combinaties van) andere maatregelen – bijvoorbeeld ontsmetting, eigen verklaringen omtrent gezondheid en symptomen, inrichting, organisatie van bewegingen naar, binnen, of bij het verlaten van de ruimte of stationaire plaatsing op een onderlinge afstand van 1,5 m, ventilatie, afscherming – zodanig ingrijpend zijn dat deze niet gevegd kunnen worden ten aanzien van wie anders de toegang zou moeten worden ontzegd.

Uit de toelichting blijkt niet hoe de benodigde afweging moet worden gemaakt, noch in het algemeen bij het stellen van de eis door de minister of regering, noch in concrete gevallen waarin iemand de toegang wordt geweigerd. Deze afweging is belangrijk en tegelijkertijd lastige te maken bij het vaststellen van de abstracte categorieën gevallen door de minister, de verschillen in concrete gevallen en situaties zullen nog veel groter zijn en de afweging derhalve ingewikkelder. Het zal niet zelden neer moeten komen op natte vingerwerk, zoals bij de onderlinge afweging van zoveel al bestaande corona-beperkende maatregelen. Zou het hier nu zondere enige nadere handvaten plotseling wel lukken? Of wordt het aan de rechter overgelaten om dit nader te beoordelen?

5. Essentiële sectoren

Essentiële voorzieningen zijn kennelijk, zo zagen we, voorzieningen die primair zijn voor burgers en die voor iedereen toegankelijk behoren te zijn. Voor deze, zo werd gesuggereerd met de voorbeelden van het openbaar vervoer en het stadhuis, zou geen test- of vaccinatiebewijs moeten gelden. En toch maakt het voorstel het mogelijk de plicht ook te stellen voor toegang tot middelbaar beroeps- en hoger onderwijs. Het enkele feit dat dit zo is, maakt duidelijk dat het onderscheid essentieel-niet-essentieel snel mislukt als rechtvaardigingargument. Onderwijsvoorzieningen moeten toegankelijk zijn, maar dat zijn ze – anders dan openbaar vervoer en het stadhuis – niet, ook niet, althans niet gelijkelijk, nadat een test- of vaccinatiebewijs wordt vereist: juist deze eis die maakt dat sommigen niet zullen worden toegelaten. Dit vergt rechtvaardiging; dat openstelling zoveel mogelijk nodig is dat weten we wel. Opnieuw schiet de toelichting hier tekort.

Een rechtvaardiging in termen van het beoordelen van bestaande alternatieven voor de indirecte vaccinatieplicht of testplicht wordt niet nader uitgewerkt. Gaat het om het aanwezig zijn van de mogelijkheid (of onmogelijkheid) van alternatieve onderwijsvormen die het behalen van dezelfde of equivalente leerdoelen redelijkerwijs bereikbaar maken? Of gaat het om het psychosociale welzijn van studenten? En indien dit laatste: wat is de maat daarvan? Als leerdoelen niet redelijkerwijs kunnen worden bereikt via alternatieve onderwijsvormen, kan gerechtvaardigd worden waarom toch fysiek onderwijs moet worden gegeven; als aangetoond is dat het psychosociale welzijn van studenten fysiek onderwijs vergt, is fysieke aanwezigheid aangewezen (vgl Toelichting blz. 10-11). Maar dan wordt het juist des te belangrijker te beargumenteren dat het uitsluiten van sommigen daarvan gerechtvaardigd is. Dat gebeurt in het voorstel niet.

Aan de eis van een vaccinatie- en testbewijs voor het volgen van hoger onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs wordt in het huidige voorstel nog een nadere voorwaarde verbonden, die helaas niet als 'voorwaarde' wordt geformuleerd, mager blijkt en ongelukkig geformuleerd. De wet bepaalt dat er regels kunnen worden gesteld over de wijze waarop een onderwijsinstelling

'zich inspant om de toegankelijkheid van het onderwijs te waarborgen voor de student die geen testuitslag kan tonen' (art. 58ra, derde lid onder b).

Zo geformuleerd hoeft er geen (niet-fysieke) toegankelijkheidswaarborg te zijn voor de niet-toegelaten student, en dat als het meevalt de minister kan voorschrijven dat een onderwijsinstelling zich moet inspannen iets voor de geweigerde student te doen, hoewel toch deze student kennelijk daardoor niet op adequate manier de gestelde leerdoelen kan bereiken, of psychosociaal in moeilijkheden verkeert. Dit is te zwak om te kunnen gelden als adequate compensatie voor de ongelijke behandeling van de uitgesloten student bij een zo essentiële publieke voorziening. Het zou al beter zijn deze bepaling om te keren, de waarborg van toegankelijkheid van het onderwijs (anders dan door fysieke aanwezigheid) tot uitgangspunt te maken, en de daaruit voortvloeiende positieve verplichting voor de

onderwijsinstelling onderhevig te maken aan eventuele beperking bij (of krachtens?) amvb. Dat zou duidelijker zijn, en dat zou meer om het lijf kunnen hebben dan nu het geval is.

6. Conclusie

De toelichting op het voorontwerp van de Tijdelijke wet testbewijzen covid-19 gaat voorbij aan artikel 1 van de Grondwet. Is het niet meer dan een tekst op een muurtje buiten het Tweede Kamergebouw, bedoeld voor het publiek alleen, niet voor de wetgevers? Je zou het haast gaan denken, en wel net op het moment dat deze wet een definitieve scheiding aanbrengt tussen gevaccineerden en niet-gevaccineerden, en tussen burgers met en zonder het vereiste testbewijs, een scheiding die waarschijnlijk bij ons zal blijven zolang het virus in al zijn varianten onder ons is. Een sterk beargumenteerde toelichting op dit radicale onderscheid met diepgaande gevolgen voor de deelname aan het maatschappelijk verkeer en aan openbare basisvoorzieningen als onderwijs wordt niet verschaft. Wat er over een indirecte vaccinatieplicht die uit deze maatregel kan worden afgeleid, wordt gezegd, is mager, logisch niet sterk, en juridisch onder de maat.

Dit is niet wat men van de wetgever in een democratische rechtsstaat mag verwachten als het gaat om een inherent onderscheid makende regel op basis van een lichaamskenmerk.

Er bestaat een sterke morele plicht jegens jezelf en je medemensen zich te laten vaccineren tegen dit zo dodelijke virus, laat daaraan geen twijfel bestaan. Hetzelfde geldt voor een morele plicht tot testen zodra daar ook maar de geringste aanleiding toe bestaat. Ook acht ik het juist dat er geen juridische plicht tot vaccineren of testen bestaat of komt – waarover traditioneel consensus bestaat in dit land. Maar waarom durft de regering in dit wetsvoorstel niet ronduit te zeggen dat er weliswaar geen juridische plicht komt tot vaccinatie of testen, maar wel dat daarop een premie gesteld moet worden in de vorm van toelating tot voorzieningen die anders niet openstaan voor gevaccineerden en negatief geteste personen? Waarom wordt niet duidelijk en eerlijk gekozen voor deze fundamentele strategische keuze en wordt dit niet beargumenteerd dat de ongelijkheid die dit onder de huidige omstandigheden schept op meerdere gronden gerechtvaardigd is?

Het moet toch mogelijk zijn, na alle ervaring die er met moeilijke keuzes is opgedaan het afgelopen jaar, een dergelijke inherent controversiële keuze sterk en rationeel te beargumenteren. Neem dit serieus en verdedig met sterkere argumenten dan nu waarom het gekozen instrument gerechtvaardigd is. Draai er niet omheen. Doe het. Loop daarbij niet voorbij aan artikel 1 van de Grondwet.

Prof. dr. Leonard Besselink is hoogleraar constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam.