



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het coronabeleid is onconstitutioneel

Dommering, E.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Dommering, E. (2021). Het coronabeleid is onconstitutioneel. *Nederlands Juristenblad*, 96(41), 3396-3398. [3020]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D9F74E&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

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.

Het coronabeleid is onconstitutioneel

Egbert Dommering¹

De Staat is verplicht om in te grijpen bij het uitbreken van een pandemie van een gevaarlijke ziekte en moet dan maatregelen treffen om deze zoveel mogelijk in te dammen. Maar daarbij hoort een ingewikkelde afweging van conflicterende fundamentele rechten, belangen en redelijkerwijze van de ingreep te verwachten gevolgen. Deze noodzakelijke grondrechtelijke toetsing was, is en blijft maar achterwege bij de coronamaatregelen die in Nederland uitgevaardigd worden.

Nu wij voor de zoveelste lockdown staan, is het tijd om te bezien of dit coronabeleid van Rutte III 'constitutioneel'² is geweest en, daarna, of de voorgestelde maatregelen dat zijn. Het gaat niet om een klein incident. De nieuwste lockdown is ons door het kabinet verkocht als hard maar kortstondig, maar wij weten van de vorige dat deze met dezelfde boodschap werd gebracht en dat deze vervolgens bijna een jaar heeft geduurd.

Uitgangspunt moet zijn dat de Staat op grond van artikel 22 Gw en de corresponderende rechten in de gezondheidsverdragen verplicht is in te grijpen bij het uitbreken van een pandemie van een gevaarlijke ziekte en maatregelen moet treffen om deze zoveel mogelijk in te dammen. Uitgangspunt moet ook zijn dat dit leidt tot een ingewikkelde afweging van conflicterende fundamentele rechten, belangen en redelijkerwijze van de ingreep te verwachten gevolgen. De Gezondheidsraad heeft deze in zijn advies van 4 februari 2020³ over een eventuele vaccinatieplicht tegen corona als volgt samengevat:

- De interventie moet noodzakelijk en effectief zijn om het individuele of collectieve (volks)gezondheidsbelang te bevorderen;
- De interventie moet de minst ingrijpende zijn om de doelstelling te bereiken;
- De interventie moet proportioneel zijn. Dat wil zeggen dat de nadelen van de interventie in verhouding staan tot het doel dat daarmee wordt nagestreefd;
- Potentiële schadelijke effecten van de interventie moeten worden geminimaliseerd;
- De interventie moet rechtvaardig zijn en mag niet discrimineren;
- De in het geding zijnde grondrechten moeten worden gerespecteerd;⁴
- De interventie moet vanaf het begin periodiek worden gemonitord en geëvalueerd;

- De interventie moet zo helder en begrijpelijk mogelijk worden uitgelegd aan de bevolking.

In dat advies ging het in het bijzonder over het mogelijke conflict met rechten van mensen die om redenen van privacy, geloofsovertuiging en/of lichamelijke integriteit in het algemeen of in het bijzonder tegen deze inenting zijn. Nu de invoering van een 'aangescherpte' coronapas (de 2G-variant die toelating tot publieke evenementen niet meer toestaat op basis van testen, maar alleen op basis van twee keer vaccinatie of genezen zijn van COVID-19) in

Bij overheidsbeleid en wetgeving wegen we economische belangen voortdurend af tegen gezondheidsbelangen, sociale en andere belangen

de lucht hangt is deze discussie weer opgelaaid. Daarover aan het slot van dit stuk nog enige overwegingen.

De noodzakelijke constitutionele toetsing (is er een op een deugdelijke wet gebaseerde democratisch noodzakelijke op een legitieme doelstelling gebaseerde beperking van een grondrecht?), duidelijk geformuleerd in het geciteerde advies van de Gezondheidsraad, is naar mijn oordeel stelselmatig in het verleden en ook nu weer achterwege gebleven. De expertstudie van de WRR⁵ bevat geen evaluatie over dit onderwerp en slechts twee algeme-

Ook nu het bewijs zich opstapelt dat het geestelijk welbevinden van de bevolking door al deze beperkingen er niet op vooruit is gegaan, heeft het inzicht van de regering wat ‘essentieel’ is, nog geen zichtbare evolutie doorgemaakt

ne artikelen over de rechtsstaat. De scenario's van de WRR en de KNAW⁶ gaan niet of nauwelijks inhoudelijk op dit aspect in. Een constitutionele evaluatie vanwege de regering ontbreekt.

Bij de eerste en tweede lockdown stond de inperking van economische vrijheden voorop. Laten we even teruggaan naar de persconferentie van 7 april 2020. Op deze persconferentie waarschuwde premier Rutte ervoor dat we geen schijntegenstelling moesten creëren tussen economische belangen en gezondheidsbelangen. Hij zei:

‘De maatregelen ter bescherming van het gezondheidsbelang in de coronacrisis dienen ook het economische belang; het zijn twee kanten van dezelfde medaille.’

Als hij daarmee wilde suggereren dat je die belangen niet tegen elkaar zou mogen afwegen lijkt mij dat onjuist. Het gaat om het moment, de aard en de zwaarte van de maatregelen. Bij overheidsbeleid en wetgeving wegen we economische belangen voortdurend af tegen gezondheidsbelangen, sociale en andere belangen om aard, duur en gevolgen van te nemen maatregelen te bepalen. De uitkomst is een compromis tussen die belangen. Om enige eenvoudige voorbeelden te geven. Het staat wel vast dat roken een van de belangrijke oorzaken van longkanker is. Toch voeren we geen beleid waarbij de productie van sigaretten verboden wordt, tabakswinkels gesloten worden en dagelijks de sterftcijfers van longkanker worden gepubliceerd, hoewel sommigen dat misschien zouden wensen. We voeren een ontmoedigingsbeleid en waarschuwen de gebruikers voor gezondheidsgevaaren, steeds indringender, maar blijven aanvaarden dat rookwaren als genotmiddel in de handel blijven. We weten dat het gemotoriseerde verkeer dagelijks dodelijke slachtoffers maakt. Dat proberen we te ondervangen met veiligheidsmaatregelen en verkeersregels, omdat snel transport essentieel is voor de economie en de samenleving, maar we verbieden het motorverkeer niet. Er zijn gevaarlijke beroepen die we met tal van feitelijke en juridische veiligheidsmaatregelen omgeven. Maar we verbieden de uitoefening niet omdat die een belangrijke economische en sociale functie heeft, ook al is er soms levensgevaar.

Toen de scholen dicht moesten, kwam de vrijheid van onderwijs in beeld, maar bij het sluiten of beperken van de toegang tot theaters, bioscopen, musea en boekhandels hebben we niet van de regering mogen vernemen dat dit een zeer vergaande beperking van de vrijheid van meningsuiting was. Als het gaat om winkels horen we dat alleen voedsel- en drankwinkels ‘essentieel’ zijn en dat die daarom meer vrijheden moeten krijgen. ‘Erst kommt das Fressen und dann die Moral’, schreef

Brecht al. Dat de theaters en bioscopen bij de laatste lockdown enigszins zijn ontzien gebeurde op *economische* gronden omdat ze die derde lockdown niet meer zouden overleven, niet omdat het een niet te rechtvaardigen beperking van de vrijheid van meningsuiting was. En, ook nu het bewijs zich opstapelt dat het geestelijk welbevinden van de bevolking door al deze beperkingen er niet op vooruit is gegaan, heeft het inzicht van de regering wat ‘essentieel’ is, nog geen zichtbare evolutie doorgemaakt: het is nog steeds ‘Fressen’.

Het constitutionele kader van de belangenafweging waar het hier om gaat vergt een voortdurende herijking. In de eerste fase lag de situatie wezenlijk anders dan in de tweede, en, ook in de derde, alleen al omdat het kennisniveau en de effectiviteit van de in te zetten middelen (en dan natuurlijk met name de ontwikkeling van effectieve vaccins) wezenlijk anders is. Ten eerste moet de vraag gesteld worden of de wettelijke grondslag voldoende was en is voor (alle) beperkende maatregelen. De inhoudelijke eis die daaraan mag worden gesteld is of deze toegankelijk en voorspelbaar zijn.⁷ Het gaat hier om discretionaire bevoegdheden waarvan de uitoefening niet toegankelijk en inhoudelijk ondoorzichtig was, in die zin dat we niet weten welke experts met welke *knowhow* erbij betrokken waren, welke argumenten een rol hebben gespeeld en welke daarvan waarom doorslaggevend zijn geacht en hoe effectief ze (na evaluatie) zijn geweest. Dat is misschien wel iets verbeterd, maar blijft kwestieus. We komen er nog steeds niet achter wat nu precies de argumenten zijn, of er wel de juiste deskundigen bij betrokken waren, wat de inhoud en uitvoerbaarheid van de maatregelen is. Daarom is de inhoud van de wettelijke met dwang in te voeren regel nog steeds niet duidelijk en is, a fortiori, de inhoud van de norm nog steeds niet te voorspellen. De inhoudelijke proportionaliteitstest is evenmin te volgen. Daarbij moet worden bedacht dat naar mate de crisis vordert de eis die aan de motivering mag worden gesteld zwaarder is, omdat er meer bekend is over de risico's die daarom preciezer en gediffe-

Auteur

1. Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus-hoogleraar Informatierecht.

Noten

2. Daarmee bedoel ik, behalve onze Grondwet, ook het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en voor zover van toepassing het EU Handvest en de verschillende verdragen waarin rechten op gezondheid van de burgers zijn vastgelegd.
3. Zie daarover Y. Buruma, *NJB* 14 februari

2021/423, afl. 6., p. 425.

4. Het staat iets anders in het advies dat toegespitst was op privacy. Ik beperk mij tot dit aspect, hoewel er over andere aspecten veel is te zeggen.

5. WRR, *COVID-19 Expertvisies op de gevolgen voor samenleving en beleid*, 2021.

6. WRR/KNAW, *Navigeren en Anticiperen in onzekere tijden*, 2021, p. 26.

7. Dit is de kwaliteitsmaatstaf die het EHRM hanteert: ‘accessible’ en ‘predictabel’.



24 juli 2020, theatermaker Laurens de Groot (*Man met Koffer*) zonder zijn publiek omdat de theaters gesloten zijn © Remco Koers / HH

rentieerder kunnen en moeten worden aangegeven: de ene mogelijke infectiehaard is de andere niet, de ene maatregel is minder effectief dan de ander; de schade die aan het getroffen grondrecht wordt aangebracht kan en moet daarom met het voortschrijden van de tijd, met meer precisie worden bepaald; hetzelfde geldt voor de te verwachten effecten. Er is op dit vlak kennis opgebouwd, maar we merken er niet veel van in de kwaliteit van de besluitvorming. Onze demissionaire Minister van Justitie zong, toen de lockdown deze zomer werd afgeschaft, een liedje waarin hij afscheid nam van het mondkapje. Dat is bij de meest recente maatregel weer ingevoerd. Hij had beter kunnen zingen: 'Mondkapje komt zo'. Eigenlijk kenmerkt het gehele besluit- en motiveringstraject zich door de propaganda-aanpak die we van autoritaire regimes in het verleden en heden kennen: je laat eerst de ergste variant uitlekken en dan doe je uiteindelijk iets dat minder erg is, zodat de slachtoffers een zucht van verlichting slaken.

Daar waar de grondrechtelijke discussie wel wordt gevoerd, is zij naar mijn mening onhelder. Ik doel op de nu gevoerde 2G-discussie (een coronapas beperken tot zij die zijn gevaccineerd of door ziekte immuun geworden). Deze is in de Tweede Kamer en nu in de media en op de sociale media uitgevochten als een dreigende discriminatie tussen gevaccineerden en vaccinatieweigeraars. Het gaat echter niet om een belangenafweging in een bipolair conflict. Het

is een multipolair conflict. Bij de huidige stand van de medische kennis is de onontkoombare conclusie dat alleen (afdoende) vaccinatie de pandemie kan stoppen. De dubbele vaccinatie blijkt weliswaar niet 100 % effectief, maar de conclusie is nog steeds dat de passieve (besmet worden) en actieve (besmetting overdragen) besmettingsgraad, nog steeds significant kleiner is dan bij niet-gevaccineerden.⁸ Niet vaccineren heeft dus ook gevolgen voor de vrijheidsrechten van derden, omdat de pandemie dan alleen (en waarschijnlijk minder effectief) is te stoppen als de rechten van die derden worden beperkt (immers door sluiting of beperking van locaties waar die rechten worden uitgeoefend). Degene die een vrijheid wil uitoefenen moet die sociale verantwoordelijkheid dus ook jegens derden nemen als hij weet dat de uitoefening van zijn vrijheid die derden kan schaden. Het rechtvaardigt ook een beperking en enige discriminatie. Het voorschrijven van rookvrije ruimtes schaaft nu eenmaal de (principiële) rokers meer dan de (principiële) niet-rokers. Je kunt dit aan de hand van het 'public reason'-beginsel van de Amerikaanse rechtsfilosoof John Rawls formuleren als de regel dat je in een moderne democratische rechtsstaat een vrijheid die stoelt op een irrationeel geloof moet respecteren, maar dat je de geoorlooftheid van de uitoefening daarvan wel op rationele gronden mag en zelfs moet baseren.⁹

Van deze gepolariseerde Staten-Generaal is niet te verwachten dat hij deze constitutionele toetsing verricht. Misschien heeft het zin deze vragen eens aan de onafhankelijke rechter voor te leggen. •

Daar waar de grondrechtelijke discussie wel wordt gevoerd, is zij naar mijn mening onhelder

8. Dit is de breed onderzochte conclusie van het RIVM.

in mijn *Het Verskil van Mening*,

Amsterdam: Bert Bakker/Prometheus 2016,

9. Ik heb dit argument summier behandeld

p. 557.