

Prof. dr. Marc Hertogh
Staatscommissie Rechtsstaat
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Wenen, 4 oktober 2023

Geachte professor Hertogh,

Terugkomend op uw schrijven van 17 April 2023 en onze daaropvolgende correspondentie, zal ik in deze brief ten eerste de vraag bespreken welke ervaringen met de rechtsstaat ik in het kader van de taakopdracht van de Staatscommissie Rechtsstaat van belang acht om verder te onderzoeken naar aanleiding van de Coronacrisis en ten tweede de vraag wat de meest veelbelovende oplossingen zouden kunnen zijn om de burger in de toekomst beter te beschermen waar het gaat om de rechtsstatelijkheid, vooral in tijden van crisis.

1. Bescherming van de burger in de rechtsstaat: ervaringen

De rechtsstaat in Nederland vindt haar grondslag in de Grondwet. De Algemene bepaling van de Nederlandse Grondwet (2022) luidt: *“De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.”* Om de rechtsstaat in stand te houden moet iedere maatregel die de Staat neemt en iedere wet die door de Staten-Generaal wordt aangenomen conform de letter en de geest van de Nederlandse Grondwet worden besloten en geïmplementeerd, zelfs al staat diezelfde Grondwet expliciet niet toe, dat de rechter wetten grondwettelijk toetst, zoals dit bijvoorbeeld wel het geval is in de Verenigde Staten door de *Supreme Court of the United States* als hoogste rechterlijke instantie. Door middel van door Nederland geratificeerde internationale verdragen echter, zoals onder andere de *Europese Conventie voor der Rechten van de Mens*, kunnen wetten wel getoetst worden aan de fundamentele rechten die in deze voor Nederland bindende verdragen zijn opgenomen. Het laatste woord in dergelijke vragen heeft dan het *Europese Hof voor de Rechten van de Mens* in Straatsburg.

In deze brief leg ik aan de hand van de Nederlandse Grondwet een aantal vragen voor die de Staatscommissie Rechtsstaat mogelijk zou kunnen bespreken in het licht van de taakopdracht *“[e]en doel is de bescherming van burgers tegen maatregelen of beslissingen van de wetgever en bestuursorganen beter te borgen, alsmede de effectieve rechtsbescherming in gerechtelijke procedures te verzekeren.”* (Besluit van 10 februari 2023, nr. 2023000264 houdende instelling van een staatscommissie rechtsstaat (Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat – Staatscourant Nr. 7635)). Gezien uw specifieke schriftelijke verzoek daartoe beperk ik mij expliciet tot de omgang van Nederlandse staatsinstellingen met de Coronacrisis gedurende de periode die begon rond maart 2020. Voor een meer uitvoerige kritisch juridisch-ethische behandeling van de coronamaatregelen verwijs ik eveneens naar mijn artikel in de *Clingendael Spectator* van 23 maart 2022¹ en mijn hoofdstuk over rechtsstatelijkheid in de in 2022 verschenen bundel *“The Covid 19 Pandemic*

¹ C.W.J.M. Alting von Geusau, Brachten de Coronamaatregelen de Rechtsstaat in Gevaar? Clingendael Spectator, 23 maart 2023: <https://spectator.clingendael.org/nl/publicatie/brachten-de-coronamaatregelen-de-rechtsstaat-gevaar>

Collection: Ethical Challenges and Considerations” uitgegeven door Ethics International Press in Cambridge, Verenigd Koninkrijk².

Tussen maart 2020 en zomer 2022 hebben Nederlandse burgers ontegenzeggelijk te maken gehad met een mate van inperking van de uitoefening van hun grondrechten die sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog op deze wijze niet meer was voorgekomen. Ondanks het feit dat door de ernst van de gezondheids crisis die zich begin 2020 wereldwijd aandeede, de bevolking aanvankelijk grotendeels begrip had voor de noodzaak tot het treffen van verregaande maatregelen door verschillende overheidsbesluiten, stootte de zich steeds verder uitbreidende en langdurige limitering van de uitoefening van grondwettelijk gegarandeerde vrijheidsrechten ook op steeds meer onbegrip en verzet onder de bevolking, maar ook bij lokale bestuurders. Vooral de avondklok en de laatste lockdown begin 2022 zijn hiervan duidelijke voorbeelden³.

Hoofdvraag

Hoe verhielden de vanaf maart 2020 door de Nederlandse regering en overheidsinstanties doorgevoerde coronamaatregelen zich tot hun wettelijke verplichting als hoeders van het algemeen belang – juist in tijden van crisis - tot waarborging ten opzichte van de burgerbevolking van de democratische rechtsstaat en de daaruit voortvloeiende grondrechten, vooral de artikelen 1, 6, 7, 9, 10 en 15, e.e.a. in verbinding met de relevante bepalingen van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens?

Artikel 1: Gelijke behandeling en discriminatieverbod

Met de invoering van de “Groene Pas” en QR-code voor toegang tot bepaalde openbare gelegenheden en commerciële instellingen werd burgers de deelname aan bepaalde activiteiten ontzegd wanneer zij geen vaccinatiebewijs of negatieve Corona test konden laten zien, in feite medische ‘ingrepen’ die onder het privacy gebod en het waarborgen van de lichamelijke integriteit vallen. Het is onduidelijk hoe deze maatregel niet in strijd geacht werd met Artikel 1, een grondrecht zonder de mogelijkheid tot beperking bij wet? In hoeverre heeft deze spanning met het grondwettelijk kader van de rechtsstaat regering, ministeries, het parlement en lokale overheden ertoe aangezet om actief op zoek te gaan naar alternatieven? De indruk onder de burgerbevolking nam tussen 2020 en 2022 steeds verder toe dat de inperking van de uitoefening van grondrechten niet zozeer een weloverwogen keuze was, maar eerder een niet goed doordachte bijwerking van gezondheidsmaatregelen die in aller haast of onder (inter)nationale en mediale druk werden genomen onder verwijzing naar modellen en de uitspraken van medisch experts. Daarbij is het niet de taak van medisch experts over de uitoefening van grondrechten direct of indirect feitelijke zeggenschap te hebben, hoe ernstig de gezondheidsrisico’s ook mogen zijn. Dergelijke situaties ondermijnen de rechtsstaat, aangezien de experts commissies niet ter verantwoording kunnen worden geroepen, terwijl politieke leiders over het algemeen wel

² C.W.J.M. Alting von Geusau, Science Censorship, Public Policy and the Rule of Law: A Critical Review, In: Eleftheria Egel and Cheryl Patton (ed.). The Covid 19 Pandemic Collection: Ethical Challenges and Considerations. Ethics International Press, 27 September 2022, pp. 119-135

³ Zo lieten burgermeesters door het gehele land tijdens de laatste lockdown in januari 2022 toe dat winkels en horeca uit protest hun deuren weer openden: <https://nos.nl/artikel/2413031-protectactie-in-valkenburg-horeca-en-winkels-vandaag-open> (stand; 4 October 2023)

steeds verwijzen naar deze gremia als de oorsprong van hun verregaande besluiten tot inperking van de uitoefening van grondrechten.

Artikel 6: Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging

Tijdens de verschillende lockdowns werd van religieuze gemeenschappen en kerken verwacht dat zij wegens hun zogenaamde “niet essentiële karakter” hun deuren gesloten hielden voor samenkomsten of deze samenkomsten in frequentie en deelnameaantal drastisch zouden reduceren. Op welke argumenten baseerde de regering zich bij de kwalificatie “niet-essentieel” wanneer juist de vrijheid van godsdienst en geweten een van de kern-grondrechten van de democratische rechtsstaat is? In hoeverre is onderkend dat de specifieke afweging tussen enerzijds vrijheidsrechten en anderzijds het recht op een zekere mate van veiligheid en de zorg voor gezondheid ook een kwestie van ‘levensovertuiging’ is? Zolang in een democratische rechtsstaat met grondwettelijke gegarandeerde vrijheidsrechten burgers tijdens gezondheids crises niet door kwade wil of bewust onverantwoord gedrag medeburgers pogen te besmetten, is het uiteindelijk de individuele keuze en verantwoordelijkheid van eenieder om in tijden van pandemie op basis van een weloverwogen risicoschatting en zorg om de medemens, meer of minder aan het openbare leven deel te nemen. Daaronder valt ook het uitoefenen van zijn of haar godsdienst *in gemeenschap*. Het is niet de rol van de Staat deze keuzes te reguleren, ook niet in tijden van nood wanneer juist de religieuze dimensie voor burgers van extra groot belang kan zijn. Over deze vraag loopt op dit moment een zaak bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, aanhangig gemaakt door de voormalig “Special Envoy for the Promotion of Freedom of Religion or Belief (FoRB) outside the European Union”, de Slovaak en voormalig Eurocommissaris Ján Figel⁴.

Artikel 7: Vrijheid van meningsuiting; censuurverbod

In hoeverre heeft het staatsapparaat wetenschappers en opiniemakers binnen instituties (bijvoorbeeld aan universiteiten en onderzoekscentra) en daarbuiten, zoals bijvoorbeeld sociale media en de pers, (pro-)actief beschermd en uitgenodigd om zich vrijelijk uit te spreken over relevant onderzoek of over het overheidsbeleid? Wat was de relatie van de overheid tot dergelijke kenniscentra inzake corona? Was er sprake van actieve bemoeienis? In hoeverre zijn daarbij bewust kritische tegengeluiden gehoord, een eveneens essentieel element van de rechtsstaat, vooral in tijden van crisis gepaard gaande met de noodzaak tot het doorvoeren van verregaande de burgerbevolking betreffende maatregelen? Sinds 2022 is er op dit gebied veel informatie openbaar geworden die een zorgwekkend beeld laat zien van overheden die actief censuur hebben gepleegd, of sociale media platformen daartoe hebben verplicht. Een spraakmakend voorbeeld hiervan is de rechtszaak die in de Verenigde Staten is aangespannen door een aantal deelstaten en artsen tegen de federale regering en overheidsinstanties zoals de FBI en de Centers for Disease Control (CDC), voor schending van het Eerste Amendement van de Amerikaanse Constitutie (vrijheid van meningsuiting en censuurverbod). In hoger beroep bij de Court of Appeals for the Fifth Circuit⁵ werden onlangs

⁴ Zie voor meer informatie: <https://adfinternational.org/figel-challenge-worship-bans-eu/> en <https://ohrh.law.ox.ac.uk/figel-v-slovakia-potential-landmark-ecthr-decision-on-covid-19-related-restrictions-to-religious-freedom/> (stand: 4 Oktober 2023)

⁵ State of Missouri; State of Louisiana; Aaron Kheriaty; Martin Kulldorff; Jim Hoft; Jayanta Bhattacharya; Jill Hines vs. Joseph R. Biden, Jr.; Vivek H. Murthy; Xavier Becerra; Department of Health & Human Services;

de eisende partijen op vrijwel alle punten in het gelijk gesteld, nadat het Hof het als onomstotelijk bewezen had geacht dat grootschalig censuur is gepleegd door middel van gecoördineerde en aanhoudende overheidsdwang ('gouvernement coercion') ten opzichte van sociale media platforms en individuele deelnemers daaraan rondom het thema Covid-19 en de verspreiding van *legitieme* medische-wetenschappelijke analyses en opinies die niet overeenstemmen met het op dat moment uitgedragen overheidsbeleid. Deze uitspraak is ook voor Nederland van belang, en in het bijzonder voor het thema van deze brief, aangezien overheids-censuur en rechtsstaat niet samengaan en het op dit moment voor de burger in Nederland niet duidelijk is in hoeverre tijdens de coronacrisis de Staat al dan niet heeft bijgedragen aan het onderdrukken van bepaalde haar onwelgevallige informatie.

Artikel 9: Vrijheid van vergadering en betoging

Artikel 15: Vrijheidsontneming

Tot de uitbraak van de Coronapandemie in maart 2020 werd o.a. het instrument van de lockdown in de medisch-wetenschappelijke literatuur alsook volgens de officiële gepubliceerde richtlijnen en aanbevelingen van de WHO algemeen als een uitdrukkelijk ongewenst en eveneens niet-effectief instrument van pandemiebestrijding geacht⁶. Op welke nieuwe, gezaghebbende medisch-wetenschappelijke en peer-reviewed literatuur en positieve ervaringsberichten uit andere landen baseerde de regering haar besluit toch een lockdown af te kondigen (en dit later meermaals te herhalen) en daardoor onder andere de vrijheid van vergadering en betoging grootschalig en langdurig in te perken? Op welke wijze is hierbij het evenredigheidsbeginsel in acht genomen? Heeft de regering bij de invoering van lockdowns en de avondklok de overweging gemaakt dat dit eventueel in strijd zou kunnen zijn met de grondwettelijke bepaling rondom vrijheidsontneming en met welke zorgvuldig geformuleerde en duidelijk gecommuniceerde argumenten onderbouwde zij de evenredigheid van deze maatregelen in het licht van de noodzakelijke instandhouding van de rechtsstaat als bescherming tegen mogelijk arbitrair handelen van staats- en bestuursorganen? Ook hier is het voor de Nederlandse burger onduidelijk in hoeverre hier de ernst van de inperkingen bij de uitoefening van de grondrechten bewust vooraf zijn overwogen of enkel met een rechtvaardiging achteraf geëvalueerd werden.

Artikel 10: Privacy

Tijdens de Coronacrisis heeft de overheid op verschillende manieren als nooit tevoren sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog ingegrepen in de persoonlijke levenssfeer van haar burgers, door middel van de Groene Pas, lockdowns, de avondklok, mondkapjesplicht, beperking van het aantal mensen dat in een huis bij elkaar mocht zijn, oproep tot sluiting van kerken, synagogen en moskeeën, sluiting van scholen, sportfaciliteiten, etc. Ook hebben overheidsinstanties op grote schaal vooral elektronisch informatie verzameld over de gezondheids- en vaccinatiestatus van burgers. Op welke wijze is hierbij het evenredigheidsbeginsel in acht genomen en hoe kan de overheid garanderen dat de schending van de persoonlijke levenssfeer die daardoor is ontstaan weer werd opgeheven? Is er daarbij een mechanisme ontworpen waardoor ook in de toekomst de privacy schending weer zo snel mogelijk ongedaan kan worden gemaakt?

Anthony Fauci; Et al., United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Nr. 23-30445. Arrest: <https://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/23/23-30445-CV0.pdf> (stand; 4 Oktober 2023)

⁶ Non-pharmaceutical public health measures for mitigating the risk and impact of epidemic and pandemic influenza: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/329438/9789241516839-eng.pdf?ua=1>

2. Bescherming van de burger in de rechtsstaat: mogelijke oplossingen

In het Nederlandse staatsbestel zijn in principe voldoende waarborgen aanwezig, zowel via de wetgevende, de uitvoerende als bij de rechterlijke macht, die het – bij juiste toepassing – mogelijk maken overheidshandelen nader te onderzoeken en waar mogelijk aan te passen of te stoppen. Dit zijn noodzakelijke mechanismen tot instandhouding van de rechtsstaat. Toch heeft de Coronacrisis getoond dat ook deze wettelijk geregelde mechanismen niet voldoende hebben bijgedragen aan het tijdig evalueren en eventueel corrigeren van overheidshandelingen die mogelijk in strijd kunnen worden geacht met de Grondwet of die als niet met het evenredigheidsbeginsel overeenstemmend zouden kunnen worden geacht. Mogelijke oplossingen voor dit probleem:

- Een strengere en duidelijker geformuleerde wettelijke implementatie en rechterlijke controle van de grondwettelijke plicht die de regering heeft het parlement tijdig en volledig te informeren (artikel 68), juist in tijden van ernstige crisis en nood.
- Een vroegtijdigere inschakeling van de Twee Kamer in het wetgevingsproces en langere doorlooptijden om uitvoeriger stil te kunnen staan bij wetsontwerpen, dit om te voorkomen dat wetgeving te zeer afhankelijk is van de actualiteit van de dag en daardoor de lange termijn en mogelijke bijwerkingen niet voldoende worden overwogen. Zie hiertoe bijvoorbeeld de Nota Dassen-Bikken van 29.08.2023⁷.
- De invoering van een vaste Kamercommissie met permanente staf van grondrechtsjuristen en andere (rechts)experten welke verplicht (bepaalde) wetsvoorstellen op hun grondwettelijkheid toetsen alvorens deze plenair in stemming gebracht worden. De toetsingstaak van de Raad van State dekt dit niet voldoende af.
- De invoering van een bestuursrechtelijke kamer die verordeningen/besluiten van (lokale) bestuursorganen op verzoek van burgers of anderszins betroffene aan een grondwettelijke toetsing onderwerpt met de mogelijkheid tot een versnelde procedure en hoger beroep.
- Een wijziging van de Grondwet die het mogelijk maakt dat de Nederlandse rechter en in hoogste instantie de Hoge Raad, wetten op verzoek aan de Grondwet toetst.

In de hoop dat de Staatscommissie Rechtsstaat met enkele van deze gedachten in haar belangrijke taak kan worden ondersteund verblijf ik met vriendelijke groet,



Prof. jhr. mr. dr. C.W.J.M. Alting von Geusau, LL.M
Hoogleraar Rechtsfilosofie en onafhankelijk adviseur

⁷ Een sterke parlementaire democratie vraagt om onderhoud. Zie [https://www.christenunie.nl//library/download/urn:uuid:40d3b5d4-a974-4a64-9e61-140cbcd0a1b4/08292023+initiatiefnota+volt-cu+versterking+kamer+\(webversie\).pdf](https://www.christenunie.nl//library/download/urn:uuid:40d3b5d4-a974-4a64-9e61-140cbcd0a1b4/08292023+initiatiefnota+volt-cu+versterking+kamer+(webversie).pdf)