

Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen.

Kenmerk	W04.20.0139/I/No
Datum aanhangig	7 mei 2020
Datum vastgesteld	25 mei 2020
Datum advies	25 mei 2020
Datum publicatie	25 mei 2020
Vindplaats	Website Tweede Kamer

Volledige tekst

Bij brief van 6 mei 2020 heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd de Kamer van voorlichting te dienen over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen.

1. Inleiding

a. Verzoek om voorlichting

In een van de debatten die de Tweede Kamer met het kabinet heeft gevoerd over de maatregelen met betrekking tot het SARS-CoV-2 virus (hierna: coronavirus) is de motie Van der Staaij / Jetten ingediend. (zie noot 1) In het debat kwamen algemene vragen aan de orde omtrent de verhouding tussen de genomen maatregelen en de Grondwet, bijvoorbeeld waar het gaat om het mogelijk verbieden van religieuze bijeenkomsten. Naar aanleiding daarvan werd door de leden Van der Staaij en Jetten de betreffende motie ingediend.

Op 16 april 2020 heeft de Tweede Kamer deze motie, houdende het voorstel voorlichting te vragen aan de Raad van State over grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen, aanvaard. Bij besluit van 23 april 2020 heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer de vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken verzocht een concreet voorstel ter uitvoering van de motie aan de Kamer voor te leggen.

Dit heeft geleid tot het voorstel om de volgende vragen aan de Afdeling advisering van de Raad van State voor te leggen:

- in hoeverre bij elk van de maatregelen voldoende rekening wordt gehouden met de aard van het grondrecht dat daarbij naar de mening van de Raad in het geding is;
- in hoeverre de minst vergaande maatregelen zijn getroffen die nodig zijn voor het bereiken

van het doel;

- op welke wijze en volgens welke staatsrechtelijke en grondwettelijke criteria (gefaseerde) afbouw van maatregelen mogelijk is met het oog op een zo min mogelijk beperken van de grondrechten;

- op welke manier zo goed mogelijk democratische controle kan worden uitgeoefend. (zie noot 2)

De Tweede Kamer heeft op 7 mei 2020 met dit voorstel ingestemd.

b. *Genomen maatregelen*

Er zijn sinds de eerste besmetting in Nederland in korte tijd veel maatregelen genomen om de verdere verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Scholen en restaurants gingen dicht en evenementen werden verboden. Een deel van de maatregelen werd neergelegd in wetgeving, een deel in noodverordeningen. Deels gaat het ook om 'sociale gedragsregels'. Mensen werden bijvoorbeeld opgeroepen zoveel mogelijk thuis te blijven. Bij het nemen van al deze maatregelen moet steeds een balans worden gezocht tussen verschillende oelangen. Enerzijds heeft de overheid de verplichting om de gezondheid van burgers te beschermen, anderzijds leiden sommige bindende maatregelen ertoe dat bepaalde grondrechten beperkt worden.

De Afdeling wil allereerst benadrukken dat het kabinet en alle andere betrokken bestuurders, beleidsmakers en overheidsorganen geconfronteerd zijn met een enorme opgave van ongekende complexiteit. Niet eerder in de afgelopen decennia is sprake geweest van een nationale crisis van deze omvang en tijdsduur. Om die reden lag er ook geen kant-en-klaar en volledig draaiboek klaar en moesten er in korte tijd lastige keuzes worden gemaakt op basis van steeds veranderende informatie. Daarbij is sprake van grote en soms tegenstrijdige belangen. Enerzijds was er de noodzaak om maatregelen te nemen die niet door de overheid konden worden afgedwongen, maar waarbij vertrouwd moest worden op de bereidheid van de bevolking om mee te werken. Anderzijds was er de noodzaak tot ingrijpen in de vrijheid en grondrechten van de bevolking met als doel de uitbraak beheersbaar te houden. Dat dit laatste in ieder geval in de eerste fase succesvol lijkt te zijn is een bijzondere prestatie, waarvoor veel waardering op zijn plaats is.

c. *Leeswijzer*

De kern van deze voorlichting zit in de laatste paragraaf (punt 11), die de antwoorden bevat op de vragen die in het voorlichtingsverzoek zijn gesteld. Daarvoor schetst de Afdeling ter algemene achtergrond de bouwstenen die ten grondslag liggen aan de beantwoording. Daarbij gaat het allereerst om het wettelijk kader inzake het staatsnoodrecht. Voorts wordt ingegaan op de structuur van crisisbeheersing. Het wettelijk kader is met name van belang, omdat een aantal instrumenten dat hierin is neergelegd op dit moment wordt ingezet ter bestrijding van de crisis. De inzet van deze instrumenten leidt in een aantal gevallen tot beperking van grondrechten. Daarom wordt vervolgens de grond- en verdragsrechtelijke beperkingssystematiek uiteengezet, waarna de verhouding tussen beide wettelijke systemen aan de orde komt. Vervolgens wordt met het oog daarop een overzicht gegeven van de maatregelen die tot nu toe zijn genomen om de verdere verspreiding van het coronavirus tegen te gaan. Ten slotte beantwoordt de Afdeling aan de hand van een analyse de voorlichtingsvragen.

d. *Reikwijdte van de voorlichting*

Voorafgaand merkt de Afdeling op dat, gelet op de vraagstelling en de context waarin deze in de Tweede Kamer tot stand is gekomen, de nadruk in deze voorlichting ligt op die maatregelen die de grondrechten (kunnen) beperken en die gericht zijn op het beheersen van

de verdere verspreiding van het coronavirus. Hierbij gaat het in veel gevallen om beperkingen van klassieke grondrechten. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat die beperkingen veelal ertoe dienen om een sociaal grondrecht te realiseren. In de voorlichting gaat de Afdeling daarom ook in op deze sociale grondrechten. (zie noot 3) De mitigerende maatregelen die zijn en worden genomen tegen de economische gevolgen van het virus en de beheersing daarvan blijven inhoudelijk buiten beschouwing (bijvoorbeeld de steunmaatregelen voor bedrijven en zzp-ers). Verder gaat de Afdeling alleen in op de grondrechten in de Grondwet, het EVRM en het EU-Handvest van de Grondrechten (EU-Handvest). Andere rechtsbronnen blijven buiten beschouwing. Dat geldt ook voor de verhouding tussen de genomen maatregelen en het overige Unierecht. De maatregelen die de klassieke vrijheidsrechten betreffen zijn grotendeels opgenomen in noodverordeningen van de veiligheidsregio's. Deze noodverordeningen zijn gebaseerd op een meermaals aangepaste modelnoodverordening van de gezamenlijke voorzitters van de veiligheidsregio's. De modelnoodverordening is gebaseerd op aanwijzingen van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS). Waar in deze voorlichting de modelnoodverordening wordt aangehaald, verwijst de Afdeling naar de Modelnoodverordening COVID-19 van 28 april 2020 die is gebaseerd op de aanwijzing van de Minister van VWS van 24 april 2020, tenzij anders aangegeven. (zie noot 4) Deze modelnoodverordening is opgenomen als bijlage.

2. Recht in buitengewone omstandigheden

In buitengewone omstandigheden kan de overheid haar taken niet altijd binnen de normale (grond)wettelijke kaders volbrengen. Voor die gevallen zijn er verschillende voorzieningen. Zo is er het 'klassieke' staatsnoodrecht. Dit kan in drie categorieën worden ingedeeld: (zie noot 5)

- Regels die tot stand zijn gebracht vóór het intreden van een uitzonderingstoestand ('gecodificeerd staatsnoodrecht'); (zie noot 6)
- Besluiten die tot stand worden gebracht in geval van staatsnood, genomen op grond van het gecodificeerde staatsnoodrecht; en
- Besluiten die worden genomen in geval van staatsnood, maar die niet tot een grondwettelijk voorschrift zijn te herleiden ('subjectief' of 'ongeschreven' staatsnoodrecht, in tegenstelling tot de twee hiervoor genoemde typen van regels en besluiten van objectief staatsnoodrecht).

Daarnaast kent de Wet veiligheidsregio's (Wvr) enkele bepalingen voor buitengewone omstandigheden.

a. *Artikel 103 van de Grondwet, de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag*

Het gecodificeerde staatsnoodrecht is vastgelegd in de Grondwet en daarop gebaseerde wetgeving. (zie noot 7) Artikel 103 van de Grondwet bevat een grondslag voor de bevoegdheid van de regering om een bepaalde uitzonderingstoestand af te kondigen. (zie noot 8) De regels daaromtrent staan in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (Cwu).

De Cwu kent voorts twee soorten uitzonderingstoestanden: de beperkte noodtoestand en de algemene noodtoestand. Zij worden afgekondigd en opgeheven bij koninklijk besluit op voordracht van de Minister-President. (zie noot 9) Ook kunnen zij worden opgeheven door de Staten-Generaal in verenigde vergadering. (zie noot 10) Het verschil tussen beide uitzonderingstoestanden is gelegen in de rechtsgevolgen. Bij de wet zijn twee lijsten (A en B) gevoegd die een opsomming bevatten van de noodwetgeving die in werking kan worden

gesteld zodra de beperkte noodtoestand (lijst A) of de algemene noodtoestand (lijst B) is afgekondigd. (zie noot 11) De lijsten A en B zijn zodanig samengesteld dat alleen de algemene noodtoestand afwijking van de in artikel 103 van de Grondwet genoemde grondrechten toestaat. (zie noot 12) Het gaat om de grondwetsbepalingen inzake de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten en waterschappen, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (voor zover de uitoefening plaatsvindt buiten gebouwen en besloten plaatsen), meningsuiting, vereniging, vergadering en betoging, de procedurevoorschriften bij het verbod op het binnentreden, het briefgeheim en de opdracht aan de rechterlijke macht. (zie noot 13)

Naast het uitroepen van de algemene of beperkte noodtoestand, voorziet het gecodificeerd staatsnoodrecht in de mogelijkheid om noodrechtelijke bevoegdheden in bijzondere wetten zelfstandig in werking te stellen. Deze zogenoemde separate toepassing moet op de escalatieladder worden overwogen voordat de beperkte of - als ultieme mogelijkheid - de algemene noodtoestand in beeld komt. (zie noot 14) Bij separate toepassing kan niet worden afgeweken van grondwettelijke bepalingen. In de regel is voor de separate toepassing van een noodbepaling of noodwet een koninklijk besluit nodig, gevolgd door de indiening van een ontwerp-verleningswet. (zie noot 15)

Zowel op lijst A als B bij de Cwu is de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg) opgenomen. Deze wet voorziet onder meer in beperking van grondrechten als sprake is van een beperkte of algemene noodtoestand. (zie noot 16) Zo zijn de Minister van Justitie en Veiligheid (J en V) en de commissaris van de Koning bevoegd om het vertoeven in de open lucht te beperken en om vermoedelijke ordeverstoorders te bevelen een gebied te verlaten of daarnaar terug te keren. (zie noot 17) Deze bevoegdheden kunnen ook separaat bij koninklijk besluit in werking worden gesteld. (zie noot 18) Als sprake is van een algemene noodtoestand is de burgemeester bevoegd om te bepalen dat zonder een door hem verleende, schriftelijke vergunning geen samenkomsten of vergaderingen op openbare plaatsen zullen worden gehouden, en geen samenkomsten of vergaderingen van meer dan tien personen of betogingen op andere dan openbare plaatsen. Samenkomsten tot het belijden van godsdienst of levensovertuiging op andere dan openbare plaatsen zijn hiervan uitgezonderd. (zie noot 19)

Het afkondigen van een uitzonderingstoestand leidt ertoe dat de bevoegdheden van overheidsorganen - met name die van de uitvoerende macht - worden verruimd en dat tevens centralisering van bevoegdheden plaatsvindt.

b. Subjectief staatsnoodrecht

Subjectief of ongeschreven staatsnoodrecht berust, zoals hiervoor al aangegeven, niet op een tot de Grondwet herleidbare bevoegdheid. Toepassing daarvan kan uitsluitend worden overwogen indien buitengewone omstandigheden dat vereisen en in zoverre het geschreven staatsnoodrecht (zie onder a) niet voldoet. Dit betekent dat subjectief staatsnoodrecht alleen aan de orde kan komen in extreme situaties. Een voorbeeld uit het verleden zijn de zogenoemde wetsbesluiten die de Nederlandse regering in ballingschap vanuit Londen nam tijdens de Tweede Wereldoorlog. (zie noot 20)

Subjectief staatsnoodrecht kent geen onbeperkte bevoegdheden toe: het kan alleen worden uitgeoefend in het belang van de veiligheid en voor zover dat in de gegeven omstandigheden voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. (zie noot 21) Voor zover mogelijk zijn de normale, in een democratische rechtsstaat geldende 'checks and balances' van toepassing, met inbegrip van de parlementaire controle op de toepassing van de genomen noodmaatregelen. (zie noot 22)

Ten tijde van de grondwetsherziening van 1983 is aan de orde geweest of een dergelijke ongeschreven bevoegdheidsregel niet zou moeten worden gecodificeerd. De regering reageerde daarop echter afwijzend: het risico van codificatie zou zijn dat te snel een beroep op staatsnoodrecht zou worden gedaan. (zie noot 23) Daarna is er lang geen discussie geweest. Recent heeft een werkgroep van de Tweede Kamer zich opnieuw over het staatsnoodrecht gebogen. In dat kader is over het subjectieve staatsnoodrecht in lijn met de heersende rechtsopvatting bevestigd dat dit alleen in uiterste noodzaak mag worden toegepast en dat de maatregelen die op grond van subjectief staatsnoodrecht worden genomen, niet verder mogen gaan of langer mogen duren dan de noodsituatie vereist. (zie noot 24)

c. Artikel 15 van het EVRM

Net als de Grondwet bevat ook het EVRM een bepaling die ziet op de mogelijkheid om van bepalingen daarin af te wijken als sprake is van oorlog of een andere noodtoestand 'threatening the life of the nation'. (zie noot 25) Artikel 15 van het EVRM regelt ook de begrenzingen van die mogelijkheid. In het tweede lid worden vier rechten genoemd waarvan niet kan worden afgeweken. Het gaat om het recht op leven, (zie noot 26) behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, het verbod van foltering en onmenselijke behandeling, (zie noot 27) het verbod van slavernij en dwangarbeid (zie noot 28) en het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. (zie noot 29) Voor de maatregelen die de grondrechten treffen waarvan wel afwijking mogelijk is, geldt dat deze strikt vereist moeten zijn en niet in strijd met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht. (zie noot 30) Ten slotte moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte gehouden worden van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. (zie noot 31)

Een aantal verdragsstaten heeft de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa geïnformeerd dat zij in verband met de coronacrisis met een beroep op artikel 15 van het EVRM van bepaalde EVRM-rechten afwijken. (zie noot 32) Nederland heeft dat niet gedaan. De rechten uit het EVRM gelden hier derhalve onverkort.

d. Wet veiligheidsregio's

Als buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken, kunnen de artikelen 53 en 54 van de Wvr bij koninklijk besluit in werking worden gesteld. Door middel van de inwerkingstelling van artikel 53 wordt mogelijk gemaakt dat de commissaris van de Koning in een concreet geval aan de burgemeesters in de provincie de nodige aanwijzingen geeft over rampenbestrijding. De Minister van J en V kan de commissaris opdragen om zulke aanwijzingen te geven. Als het algemeen belang dat dringend eist, kan de minister bevoegdheden van de commissarissen en de burgemeesters op grond van artikel 54 van de Wvr geheel of ten dele aan zich trekken dan wel een andere autoriteit daarmee belasten. De inwerkingstelling van deze bevoegdheden door middel van een koninklijk besluit kan onverminderd de afkondiging van de beperkte of de algemene noodtoestand plaatsvinden. Van deze bevoegdheden is tot nu toe geen gebruik gemaakt.

3. Crisisbeheersing

Naast het hiervoor beschreven recht in buitengewone omstandigheden zijn er enkele wetten die bevoegdheden of instrumenten bevatten die sterk lijken op noodbevoegdheden, maar formeel niet als zodanig worden aangemerkt omdat voor de activering ervan geen koninklijk besluit noodzakelijk is. (zie noot 33) De middelen die tot nu toe zijn ingezet behoren tot deze categorie; zij vinden hun grondslag voornamelijk in de Wet publieke gezondheid (Wpg) en de

Wvr (zie hierna onder a en b).

Dit betekent dat er in bijzondere omstandigheden verschillende opties zijn voor de overheid om in te grijpen. Daartussen dient een keuze te worden gemaakt. De middelen die hiervoor in punt 2 zijn beschreven zijn naar aanleiding van de coronacrisis tot nu toe in Nederland niet ingezet. Hierbij speelde wellicht met name een rol dat aanvankelijk niet werd verwacht dat de crisis tot ingrijpen van deze omvang en duur zou leiden. Over de precieze motieven om niet te kiezen voor de instrumenten uit het 'klassieke' staatsnoodrecht en de inzet van instrumenten op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden is echter voor zover de Afdeling heeft kunnen nagaan weinig bekend.

a. Wet publieke gezondheid

In de Wpg is een indeling van infectieziekten opgenomen, op basis waarvan dwingende maatregelen kunnen worden opgelegd om de bevolking te beschermen. Een infectieziekte valt in groep A, B1, B2 of C. Het coronavirus is op 28 januari 2020 door de Minister van Medische Zorg en Sport aangemerkt als een infectieziekte in groep A, de hoogste categorie van de vier: het betreft een virus waarbij ernstig gevaar voor de volksgezondheid bestaat. (zie noot 34)

Het bestuur van de veiligheidsregio draagt zorg voor de voorbereiding van de bestrijding van een infectieziekte die in groep A valt. De voorzitter van de veiligheidsregio draagt zorg voor de bestrijding van een (dreiging van een) epidemie. (zie noot 35) Bij de bestrijding heeft de Minister van VWS de leiding: hij kan de voorzitter van de veiligheidsregio opdragen hoe de bestrijding ter hand te nemen. (zie noot 36) Vóórdat de minister dat doet, moet hij met de Minister van Infrastructuur en Milieu (I en M) en de veiligheidsregio's een bestuurlijk afstemmingsoverleg voeren. (zie noot 37) Tevens dient hij vóóraf te overleggen met de Minister van J en V, tenzij de vereiste spoed zich daartegen verzet. (zie noot 38) Zodra de Minister de voorzitter van de veiligheidsregio opdraagt hoe de bescherming ter hand te nemen, informeert hij de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en J en V. (zie noot 39)

In de Wpg zijn verschillende maatregelen opgenomen die zien op de voorkoming van verdere verspreiding van een infectieziekte. Daarbij geldt dat vrijwillige medewerking van de bevolking voorop staat bij infectieziektebestrijding. (zie noot 40) Als vrijwillige medewerking echter niet voldoende is om het gevaar af te wenden, is de inzet aangewezen van maatregelen die in hoofdstuk 5 van de Wpg zijn opgenomen. Het betreft bijvoorbeeld opname ter isolatie, onderwerping aan quarantaine of oplegging van een verbod om beroeps- of bedrijfsmatige werkzaamheden te verrichten. (zie noot 41) Ook kunnen terreinen, vervoermiddelen en goederen bij een gegrond vermoeden van besmetting worden gecontroleerd op de aanwezigheid daarvan en eventueel worden gesloten. (zie noot 42) De maatregelen kunnen worden opgelegd door de voorzitters van de veiligheidsregio's, eventueel na opdracht daartoe van de Minister van VWS.

b. Wet veiligheidsregio's

De Wpg is toegepast in samenhang met de Wvr. De Wvr verdeelt het grondgebied van Nederland in 25 veiligheidsregio's. (zie noot 43) De veiligheidsregio's inventariseren risico's van branden, rampen en crises en adviseren het bevoegd gezag hierover. Ook organiseren zij rampenbestrijding en crisisbeheersing. (zie noot 44) Als zich grote of complexe incidenten voordoen kan het gewenst zijn dat de rijksoverheid op politiek-bestuurlijk niveau zorgdraagt voor de coördinatie en besluitvorming.

Op voorstel van de Bestuurlijke Werkgroep Bovenregionale Samenwerking is een

Gecoördineerde Regionale Incidentbestrijdingsprocedure (GRIP) Rijk ontwikkeld. Dit is een opschalingsmodel. De adviezen over de opschaling zijn inmiddels doorgevoerd in het Nationaal Handboek Crisisbesluitvorming en het instellingsbesluit Ministeriële Commissie Crisisbeheersing (MCCb). (zie noot 45) De GRIP-structuur is opgenomen in de regionale crisisplannen van alle 25 veiligheidsregio's. Zij kent verschillende fases: van GRIP 1 tot en met GRIP 5. De GRIP-structuur voorziet daarnaast in de mogelijkheid om wat de verantwoordelijkheid van het Rijk betreft, op te schalen naar GRIP Rijk. Per 12 maart 2020 heeft in alle veiligheidsregio's opschaling naar GRIP 4 plaatsgevonden. Daartoe wordt overgegaan als sprake is van een ramp of crisis van meer dan plaatselijke betekenis of ernstige vrees voor het ontstaan daarvan. De voorzitter van de veiligheidsregio wordt dan ten behoeve van de rampenbestrijding en crisisbeheersing in de betrokken gemeenten bij uitsluiting bevoegd om toepassing te geven aan de wetsartikelen die worden genoemd in artikel 39, eerste lid, van de Wvr.

Berust het opperbevel bij (ernstige vrees voor) rampen in beginsel bij de burgemeester, in een GRIP 4-situatie is als gezegd de voorzitter van de veiligheidsregio bevoegd om noodmaatregelen te treffen. Dat betekent dat diverse burgemeestersbevoegdheden ten behoeve van de crisisbeheersing bij uitsluiting bij de voorzitters van de veiligheidsregio's komen te rusten, bijvoorbeeld het voeren van het opperbevel bij een ramp en het uitoefenen van het gezag over de politie. (zie noot 46) Ook de noodverordeningbevoegdheid ex artikel 176 van de Gemeentewet komt te liggen bij de voorzitter van de veiligheidsregio. De normale procedure van bekrachtiging van noodverordeningen - namelijk bekrachtiging door de gemeenteraad, de mogelijkheid van administratief beroep bij de commissaris van de Koning en het mogelijk opschorten van de werking van de noodverordening door de commissaris van de Koning - is niet van toepassing. (zie noot 47)

4. Reikwijdte en beperking van grondrechten in de Grondwet

De klassieke grondrechten - zoals de vrijheid van godsdienst en meningsuiting en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer - zijn neergelegd in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Deze grondrechten zijn bedoeld om de persoonlijke autonomie van burgers te handhaven en vergaande ingrepen van de overheid in hun persoonlijke leven tegen te gaan. (zie noot 48) Klassieke grondrechten bevatten waarborgnormen en kunnen door burgers tegen de overheid worden ingeroepen. Daarmee staat nog niet vast welke bescherming zij bieden. Twee elementen zijn daarvoor van belang: in de eerste plaats de reikwijdte van de grondrechten en in de tweede plaats de beperkingsmogelijkheden ten aanzien van deze grondrechten.

a. Reikwijdte en redelijke uitleg

De vraag naar de reikwijdte van grondrechten heeft betrekking op de werkingssfeer ervan. Welke handelingen vallen 'binnen de reikwijdte' en worden beschermd door de grondrechtsnorm, en welke kunnen niet als de uitoefening van een grondrecht worden beschouwd? De beantwoording van deze vraag geschiedt meestal door de rechter en is voor de toepasselijkheid van grondrechtsbepalingen in een concreet geval van groot belang. Wanneer iemands handelen namelijk niet binnen de werkingssfeer van een grondrecht valt, heeft de begrenzing van dat handelen ook niet te gelden als grondrechtenbeperking.

Voorals grondrechten open zijn geformuleerd, is het vaststellen van de reikwijdte lastig. (zie noot 49) Daarbij komt dat ook de omstandigheden waarin een grondrecht wordt ingeroepen bij het bepalen van de reikwijdte een rol kunnen spelen. Dat betekent dat bij de vaststelling van de reikwijdte van een grondrecht niet alleen de vraag moet worden gesteld of sprake is van bijvoorbeeld het houden van een betoging of het uiten van een mening, maar

óók of de vrijheid om deze handelingen te verrichten in de betreffende situatie daadwerkelijk door overheidsoptreden wordt beperkt. In dit verband is van belang dat grondrechten redelijk moeten worden uitgelegd: zij reiken niet zó ver dat de uitoefening ervan te allen tijde, op elke plaats en op iedere wijze geoorloofd is. (zie noot 50)

Dit brengt met zich dat handelingen die in abstracto binnen de reikwijdte van het grondrecht vallen, in concreto niet altijd en overal mogen worden verricht. Zo valt het luiden van kerkklokken in abstracto onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst, maar als dit voor wat betreft duur en geluidsniveau gebeurt in strijd met de gemeentelijke APV, in concreto niet. (zie noot 51) De voorschriften in de APV worden in dat geval niet gezien als een beperking van de vrijheid van godsdienst. Ook brandveiligheidsvoorschriften die het aantal personen in een religieus gebouw begrenzen worden niet als een beperking van de vrijheid van godsdienst aangemerkt. (zie noot 52) De eis van een milieuvergunning wordt evenmin gezien als een beperking van de vrijheid van drukpers, ook al geldt zij eveneens voor drukkerijen. (zie noot 53)

Pas als de reikwijdte van een grondrecht is vastgesteld en een overheids(maat)regel binnen die reikwijdte valt (en het grondrecht dus beperkt), kan aan de orde komen of die beperking geoorloofd is.

b. Beperkingsmogelijkheden: competentievoorschriften, doelcriteria en procedurevoorschriften

Zoals hiervoor al bleek zijn klassieke grondrechten niet absoluut: in de memorie van toelichting bij de Grondwet van 1983 wordt opgemerkt dat zij in een onderling samenhangende en evenwichtige afweging met andere waarden en belangen moeten functioneren. (zie noot 54) Dit betekent dat grondrechten ook moeten kunnen worden beperkt: de (formele) wetgever mag onder zekere voorwaarden regelgeving opstellen die de uitoefening van grondrechten beperkt. Het bestuur mag vervolgens binnen de grenzen van de wet onder zekere voorwaarden besluiten nemen en handelingen verrichten, die hem door het grondrecht in algemene zin zijn verboden. (zie noot 55)

De voorwaarden waaronder het beperken van grondrechten is toegestaan, blijken uit de formulering van de beperkingsclausule bij de verschillende grondrechtenbepalingen in de Grondwet en uit de toelichting daarbij. In de eerste plaats zijn daaruit voorschriften af te leiden over (tot) op welk niveau de wetgever bevoegd is om de uitoefening van grondrechten te beperken ('competentievoorschriften'). Uit deze competentievoorschriften volgt dat beperkingen op de uitoefening van grondrechten in beginsel door de formele wetgever moeten worden geformuleerd: de term 'wet' in de Grondwet verwijst steeds naar een wet in formele zin.

Soms mag de formele wetgever de bevoegdheid om beperkingen op de uitoefening van grondrechten te stellen aan lagere wetgevers overdragen ('delegeren'). Of de formele wetgever dat mag, hangt af van de vraag of de grondwetsbepaling hem expliciet een delegatiebevoegdheid toedeelt. Dat gebeurt door het gebruik van een vorm van het werkwoord 'regelen', de zelfstandige naamwoorden 'regels' of 'regeling', of de uitdrukking '(bij of) krachtens de wet'. (zie noot 56)

Bevat een grondwetsbepaling géén delegatieterm, dan is het overdragen van de grondwettelijk verleende bevoegdheid door de formele wetgever om beperkingen op de uitoefening van grondrechten te formuleren niet geoorloofd. (zie noot 57) Dat betekent dat alléén de formele wetgever het grondrecht mag beperken. Tevens moet de formele wetgever in een beperkende wetsbepaling dan aangeven hoe ver die beperking reikt: hij mag

de afweging hieromtrent niet aan een ander orgaan overlaten, bijvoorbeeld door het gebruik van vage termen. De toelichting vermeldt dat constructies waarbij de omvang van de grondrechtenbeperking niet uit de wet zelf volgt, maar door een lager orgaan moet worden ingevuld, niet zijn toegestaan. (zie noot 58)

Staat een grondwettelijke bepaling delegatie wél toe, dan mag de formele wetgever zelf bepalen of en in hoeverre hij hiertoe overgaat. (zie noot 59) Hij zal daarbij rekening moeten houden met het betreffende grondwetsartikel als geheel en met de aard van het in dat artikel geregelde onderwerp, aangezien daarin een aanduiding voor de omvang van de beperkingsbevoegdheid kan zijn gelegen. Door middel van interpretatie van het gehele artikel zal steeds moeten worden beoordeeld of de wetgever aan de grondwettelijke eisen heeft voldaan. (zie noot 60) Verder geldt dat zowel de wetgever als zij die met de toepassing van de regeling belast zijn ervoor moeten waken, dat het recht niet illusoir wordt gemaakt, nu geen enkele beperkingsbevoegdheid zo ver reikt. (zie noot 61)

Een voorbeeld van een grondrecht waarbij delegatie van de beperkingsbevoegdheid is toegestaan, is de vrijheid van vergadering en betoging. Artikel 9, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de wet regels kan stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. De gebruikte terminologie wijst erop dat delegatie is toegestaan. De formele wetgever heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt: in de Wet openbare manifestaties (Wom) heeft hij aan de gemeenteraad de bevoegdheid gedelegeerd om in een verordening te bepalen wanneer voor een betoging een voorafgaande kennisgeving is vereist. De burgemeester kan naar aanleiding van die kennisgeving onder meer voorschriften en beperkingen stellen.

Uit het hiervoor weergegeven artikel 9, tweede lid, van de Grondwet blijkt tevens dat grondwettelijke bepalingen doelcriteria kunnen bevatten: beleidsdoeleinden ten behoeve waarvan op het grondrecht inbreuk mag worden gemaakt. De formulering van dit artikel maakt duidelijk dat de vrijheid van vergadering en betoging alléén mag worden beperkt ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer of ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Dergelijke doelcriteria zijn in diverse grondrechtenbepalingen opgenomen.

Ten slotte wordt een beperking soms gebonden aan procedurevoorschriften. Een voorbeeld daarvan is artikel 12, tweede lid, van de Grondwet: daaruit volgt dat bij het binnentreden van een woning tegen de wil van de bewoner, het procedurevoorschrift geldt dat van te voren legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden moeten plaatsvinden. Achteraf moet een schriftelijk verslag van het binnentreden worden verstrekt.

c. Specifieke wettelijke grondslag

Aan bepalingen in lagere regelgeving die zijn gericht op het beperken van grondwettelijke grondrechten, moet een formele wet ten grondslag liggen. Deze grondslag dient voldoende specifiek te zijn; een algemene, formeel-wettelijke grondslag is niet voldoende. In artikel 10 van de Grondwet (de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer), staat bijvoorbeeld een delegatieterm ('krachtens de wet'). Deze delegatiemogelijkheid betekent echter niet dat sluiting van een drugspand op grond van een APV-bepaling - met daarvoor artikel 168 (oud) van de gemeentewet, thans artikel 149 Gemeentewet, als grondslag - geoorloofd is. (zie noot 62) Het betreffende artikel in de Gemeentewet bepaalt namelijk slechts dat de raad de verordeningen maakt die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt. Die formulering werd niet voldoende specifiek geoordeeld om een beperking van artikel 10 van de Grondwet op te kunnen baseren. (zie noot 63)

Bij de invoering van de beschreven beperkingssystematiek en de daaruit voortvloeiende eis van een specifieke wettelijke grondslag is bij de grondwetsherziening van 1983, zij het voor uiterste gevallen, enige relativisering aangebracht. Erkend werd oot in uitzonderingsgevallen afwijkingen tot ontwikkeling zouden kunnen komen. Heersende rechtsovertuigingen zouden zodanig kunnen evolueren dat bepaalde belemmeringen in de uitoefening van een grondrecht, zonder tot een beperkingsclausule herleidbaar te zijn, algemeen aanvaard worden. Voorts wees de regering er toen op dat een grondrecht niet alleen op redelijke wijze moet worden uitgelegd maar dat ook aan de redelijkheid grenzen kunnen worden ontleend waarbuiten een grondrecht geen toepassing meer behoort te vinden. Benadrukt werd echter dat de genoemde uitwegen uit onaanvaardbaar geachte situaties als hier bedoeld, slechts met grote terughoudendheid mogen worden gevolgd en het karakter van uitzondering en uiterste oplossing niet mogen verliezen; anders zou de hiervoor beschreven beperkingssystematiek worden ondermijnd. (zie noot 64)

d. Sociale grondrechten, onderwijsvrijheid en de vrije arbeidskeuze

Naast de klassieke grondrechten zijn er ook sociale grondrechten. Waar klassieke grondrechten worden gezien als afweerrechten van de burger tegen de overheid, gelden sociale grondrechten als instructienormen voor de overheid die in het algemeen niet in rechte afdwingbaar zijn. (zie noot 65) Zo dient de overheid bijvoorbeeld maatregelen te treffen ter bevordering van de volksgezondheid. (zie noot 66) Bij botsing van een klassiek en een sociaal grondrecht - als implementatie van een sociaal grondrecht een inbreuk op een klassiek grondrecht met zich zou brengen - dient de beperkingsclausule van het klassieke grondrecht in acht te worden genomen. Dat betekent dat een klassiek grondrecht niet opzij kan worden gezet met een beroep op een zorgplicht die uit een sociaal grondrecht zou voortvloeien. (zie noot 67)

Een bijzondere positie neemt de vrijheid van onderwijs in artikel 23 van de Grondwet in. Deze bepaling is bij de algehele grondwetsherziening, waarin de hiervoor geschetste beperkings- en delegatiesystematiek werd ingevoerd, anders dan de andere grondrechten ongewijzigd gebleven. Deze systematiek geldt dan ook niet voor de vrijheid van onderwijs. (zie noot 68) Dat heeft tot gevolg dat algemeen geformuleerde beperkingen op de onderwijsvrijheid niet gebaseerd hoeven te worden op een expliciete beperkingsclausule. Ditzelfde geldt voor de vrijheid van arbeidskeuze in artikel 19, derde lid, van de Grondwet; daarbij zijn eveneens algemene beperkingen die niet tot een beperkingsclausule herleid kunnen worden, aanvaard. (zie noot 69)

e. Horizontale werking van grondrechten

De hiervoor beschreven beperkingssystematiek geldt in deze strikte zin alleen in de relatie tussen overheid en burger. Met in de Grondwet geregelde klassieke grondrechten is primair beoogd om de burger tegen de overheid te beschermen. Dat neemt niet weg dat grondrechten ook betekenis kunnen hebben in rechtsverhoudingen tussen burgers onderling, zoals bij de grondwetsherziening van 1983 en later in de rechtspraak tot op zekere hoogte is erkend. (zie noot 70) Deze gaat echter in beginsel niet zo ver dat beperkingen daarvan in verhoudingen tussen burgers onderling tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar moeten zijn. Vaker spelen grondrechten een rol bij de inkleuring van open, civielrechtelijke begrippen, zoals 'redelijkheid en billijkheid' en 'maatschappelijke zorgvuldigheid'. Een in een grondrecht uitgedrukt belang wordt dan afgewogen tegen andere belangen. Voor zover de eis van een wettelijke grondslag in situaties tussen burgers onderling al betekenis heeft, wordt deze minder strikt uitgelegd.

5. Reikwijdte en beperking van de grondrechten in het EVRM en het EU-Handvest

Klassieke grondrechten zijn niet alleen in de Grondwet gecodificeerd, maar ook in mensenrechtenverdragen als het EVRM en het EU-Handvest van de grondrechten. Ook deze grondrechten mogen, mits aan de daarvoor geldende vereisten is voldaan, worden beperkt. Deze vereisten zijn geregeld in de beperkingsclausules.

a. Reikwijdte

Net als bij grondwettelijke grondrechten geldt dat de vraag naar de beperkingsmogelijkheden pas aan de orde kan komen als vaststaat dat iemands handeling onder de reikwijdte van het grondrecht valt. Onder het EVRM gaat het dan om de 'scope' van een verdragsartikel. Voor zover de grondrechten in het EU-Handvest corresponderen met die in het EVRM, zijn hun inhoud en reikwijdte dezelfde. (zie noot 71)

Omdat de reikwijdte van de bepalingen in het EVRM vanwege hun internationale toepasbaarheid heel ruim is, zijn de beperkingsmogelijkheden dat ook: reikwijdte en beperkingen zijn 'communicerende vaten'. Dat inhoud en reikwijdte van corresponderende bepalingen in het EU-Handvest dezelfde zijn, sluit niet uit dat het Unierecht ook vanwege een intensieve toetsing door het Hof van Justitie soms een ruimere bescherming kan bieden. Verder geldt dat het EU-Handvest alleen van toepassing is als het recht van de Unie ten uitvoer wordt gebracht. Dat betekent dat de lidstaten de grondrechten in het EU-Handvest moeten eerbiedigen wanneer zij optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie. (zie noot 72)

b. Beperkingsmogelijkheden: bij de wet voorzien, legitieme doelstelling, noodzakelijk in een democratische samenleving

Eisen waaraan beperkingen op de uitoefening van grondrechten in het EVRM moeten voldoen, vloeien voort uit de tekst van de in het geding zijnde bepaling en de betekenis daarvan voor het concrete geval. (zie noot 73) Zij zijn wat betreft hun concrete invulling voornamelijk uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) af te leiden.

De eerste eis die in de clausule bij de genoemde verdragsbepalingen wordt vermeld, is dat beperkingen 'bij de wet zijn voorzien'. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat een gerechtvaardigde beperking op een grondrecht in dit kader aan drie voorwaarden moet voldoen. In de eerste plaats moet zij een grondslag hebben in het nationale recht. Deze grondslag kan een formeelwettelijke bepaling zijn, maar dat hoeft niet: met de term 'wet' wordt in de zinsnede 'bij de wet voorzien' niet noodzakelijkerwijs bedoeld op een wet in formele zin. Anders dan in de Grondwet wordt aan de term een materiële betekenis toegekend. (zie noot 74) Dat impliceert dat bijvoorbeeld ook jurisprudentie en ongeschreven recht onder omstandigheden onder het verdragsrechtelijke begrip 'wet' kunnen worden geschaard. (zie noot 75) Het Straatsburgse Hof kijkt met name naar de verschillende eigenschappen van de regel waaruit de beperking voortvloeit: deze moet toegankelijk ('accessible') en voorzienbaar ('foreseeable') zijn. Aan het toegankelijkheidsvereiste is in ieder geval voldaan als de regel is gepubliceerd en daadwerkelijk is te raadplegen. (zie noot 76) De eis van voorzienbaarheid hangt hiermee nauw samen. Regels moeten voldoende duidelijk zijn, zodat burgers hun gedrag erop kunnen afstemmen. (zie noot 77)

Beperking van in het EVRM gecodificeerde grondrechten moeten voorts een legitiem doel dienen. De beperkingsclausules bevatten doelcriteria waarin wordt aangegeven in het kader van welke belangen het grondrecht mag worden beperkt. Het gaat bijvoorbeeld om het belang van de openbare veiligheid of de bescherming van de gezondheid. Het is lastig om de

precieze reikwijdte van deze doelstellingen aan te geven. Het Hof beziet in een concreet geval steeds of een inmenging door een verdragsstaat in de uitoefening van een grondrecht een legitiem doel dient, maar wijdt daarbij geen aan hetgeen het legitieme doel in abstracto inhoudt. (zie noot 78) Ook de toetsing in concreto is doorgaans niet erg streng: maar zeer zelden wordt aangenomen dat het doel van het handelen van een verdragsstaat niet met het EVRM in overeenstemming is. (zie noot 79) Hoewel de opsomming van de doelstellingen limitatief is, zorgen hun ruime formulering en de flexibele benadering van het Hof ervoor dat de meeste maatregelen die in de uitoefening van een grondrecht inmenging, worden geacht een legitiem doel te dienen. Bovendien bevatten de relevante EVRM-bepalingen een beperkingsclausule waarin ofwel het belang van de gezondheid als legitiem doel genoemd wordt, ofwel geen specifiek doel is vereist - en dus ook niet is voorgeschreven. (zie noot 80) Als is vastgesteld dat een bepaalde maatregel die iemand beperkt in de uitoefening van zijn grondrechten, een basis heeft in het nationale recht en een legitiem doel dient, moet vervolgens worden bezien of een redelijke verhouding bestaat tussen de beperking en dit legitieme doel: de maatregel moet - zoals in de beperkingsclausules bij de artikelen 8 tot en met 11 en 2, Vierde Protocol EVRM staat vermeld - 'in een democratische samenleving noodzakelijk' zijn. Met andere woorden: de maatregel dient noodzakelijk en proportioneel te zijn. De beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een maatregel hangt sterk af van de concrete omstandigheden van het geval. Meestal moet immers een afweging worden gemaakt tussen individuele belangen (die van de rechtzoekende) en maatschappelijke belangen (die worden gediend met het legitieme doel), waarbij tevens van belang is in hoeverre voor de minst vergaande maatregel is gekozen. In deze afweging hebben de verdragsstaten bij het EVRM een aanzienlijke eigen beoordelingsruimte, de zogenoemde 'margin of appreciation'. Zeker waar het preventieve maatregelen met het oog op de gezondheid betreft erkent het EHRM dat staten een aanzienlijke beoordelingsruimte hebben. (zie noot 81)

Dat ervan wordt uitgegaan dat met het EVRM corresponderende bepalingen in het EU-Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte hebben, betekent dat de generieke beperkingsclausule in het Handvest (zie noot 82) moet worden uitgelegd in het licht van de specifieke beperkingsclausule die bij het corresponderende EVRM-recht hoort. In bepaalde gevallen toetst het HvJEU relatief streng aan de in de generieke beperkingsclausule opgenomen voorwaarden van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid. Dit geldt bijvoorbeeld voor de bescherming van persoonsgegevens. (zie noot 83)

c. Positieve verplichtingen op grond van het EVRM

Naast de hiervoor beschreven negatieve verplichtingen die voor de overheid uit het EVRM voortvloeien - en die erop neerkomen dat zij zich zoveel mogelijk onthoudt van inmenging in de uitoefening van grondrechten - moet de overheid ook actief stappen nemen om grondrechten te beschermen. (zie noot 84) Deze 'positieve verplichtingen' kunnen worden omschreven als verplichtingen voor de overheid om actief te handelen om een effectieve uitoefening van een (klassiek) grondrecht door de burger mogelijk te maken. Zij beogen bepaalde rechten en vrijheden te waarborgen en verplichten de overheid daarom (onder omstandigheden) actief te handelen ter bescherming en verzekering van die rechten en vrijheden.

Het EHRM heeft vastgesteld dat uit hoofde van klassieke grondrechten positieve verplichtingen kunnen ontstaan. Zo brengen positieve verplichtingen die volgen uit het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer met zich dat verdragsstaten moeten ingrijpen in (potentieel) gevaarlijke situaties waarbij de bescherming van de gezondheid in het geding is. (zie noot 85) Ook uit het in punt 2 genoemde recht op leven kunnen zij voortvloeien. (zie

noot 86) Voor de beantwoording van de vraag of de overheid aan haar positieve verplichtingen heeft voldaan, verricht het EHRM een 'fair balance'-toets. Daarbij gaat het na of er, alles in overweging genomen, een goed evenwicht is bereikt tussen de belangen van het individu en die van de samenleving als geheel.

In die belangenafweging valt niet uit te sluiten dat grondrechtelijke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Een positieve verlichting van de overheid om een grondrechtelijk belang te beschermen kan botsen met de uitoefening van grondrechten van individuele personen. Bekend in de rechtspraak zijn bijvoorbeeld de afwegingen tussen de vrijheid van meningsuiting ex artikel 10 van het EVRM en de bescherming van het recht op privé-leven op grond van artikel 8 van het EVRM. Zoals hierna nog aan de orde zal komen kan een botsing van grondrechten zich ook voordoen bij de bestrijding van de coronacrisis.

6. Verschillen in grondwettelijk en verdragsrechtelijk kader

Het grondwettelijk stelsel en het stelsel van het EVRM verschillen op belangrijke punten, die de Afdeling hierna als volgt samenvat: (zie noot 87)

Volgens de Grondwet geldt ten aanzien van grondrechtenbeperkingen dat:

- de Grondwet deze moet toelaten op grond van een specifieke clausulering;
- zij zijn neergelegd in specifieke algemeen verbindende voorschriften (regelgeving);
- waarbij het zwaartepunt bij de formele wetgever ligt, en beperking bij lagere regelgeving alleen is toegestaan als de Grondwet dat toelaat en de formele wetgever uitdrukkelijk delegeert.

Volgens het EVRM en het EU-Handvest geldt ten aanzien van grondrechtenbeperkingen dat:

- het verdrag deze moet toelaten op grond van een specifieke (EVRM) dan wel een generieke (EU-Handvest) clausulering;
- zij zijn neergelegd in normen die kenbaar en voorzienbaar zijn (dat kunnen bijvoorbeeld ook beleidsregels zijn);
- waarbij in beginsel niet relevant is door welke regelgever de beperkingen zijn gegeven;
- zij alleen zijn toegestaan voor zover zij noodzakelijk en proportioneel zijn in het belang van (een van de in het EVRM of het EU-Handvest genoemde) doelcriteria. Onder het EU-Handvest is tevens vereist dat de kern van het recht intact wordt gelaten.

Het is de rechter verboden formele wetten te toetsen aan de Grondwet. (zie noot 88) De grondwetgever heeft het oordeel over de vraag met welke bepalingen van de Grondwet bij het tot stand brengen van wetten rekening moet worden gehouden en op welke manier dit moet gebeuren, uitsluitend aan de wetgever zélf willen doen toekomen. (zie noot 89)

De rol die het EVRM en het EU-Handvest spelen in de rechtspraak over de toepassing van bevoegdheden en de verenigbaarheid daarvan met grondrechtenbepalingen, is ooraantegen groot: toetsing van formeel-wettelijke bepalingen door de rechter aan deze verdragen is op grond van de Grondwet namelijk wél toegestaan en geboden. Wettelijke voorschriften - waaronder begrepen wetten in formele zin - dienen buiten toepassing te blijven als die toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. (zie noot 90)

Het voorgaande is van invloed op de positie van de formele wetgever. Voor hem geldt het grondwettelijk toetsingsverbod niet. Sterker nog: juist omdat de rechter formele wetten niet aan de Grondwet mag toetsen, ligt de controle op grondwetsconformiteit uitsluitend bij de wetgever zelf. Dat schept een bijzondere verantwoordelijkheid. Het aan de rechter gerichte toetsingsverbod impliceert een aan de wetgever gericht gebod tot zorgvuldige toetsing aan de Grondwet. Dit brengt met zich dat de formele wetgever bij het formuleren van

beperkingen op de uitoefening van grondrechten ook materiële criteria moet aanleggen, die onder meer kunnen worden gevonden in voldoende specificiteit en proportionaliteit. Deze criteria vereisen een grondige belangenafweging waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen. (zie noot 91)

7. Verhouding noodbevels- en verordeningsbevoegdheid en grondrechten in de Grondwet

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, wordt de bevoegdheid tot het geven en opstellen van noodbevelen en noodverordeningen - die normaal gesproken bij de burgemeester berust - op dit moment op grond van artikel 39 van de Wvr door de voorzitters van de veiligheidsregio uitgeoefend. De reikwijdte van de bevoegdheid verandert daarmee niet.

Zowel bij het geven van een noodbevel als bij het opstellen van een noodverordening geldt in beginsel dat weliswaar mag worden afgeweken van wettelijke voorschriften, maar niet van de Grondwet, zo vermeldt de tekst van beide bepalingen in de Gemeentewet. (zie noot 92) Vaststaat dat verschillende bepalingen in de modelnoodverordening een mogelijke beperking op de uitoefening van grondwettelijke grondrechten impliceren (zie ook punt 9). De vraag is daarom hoe de modelnoodverordening en de Grondwet en de daarin vastgelegde beperkingsclausules zich tot elkaar verhouden.

a. Tekst en totstandkomingsgeschiedenis

In punt 4 is de beperkingssystematiek van de Grondwet beschreven. Klassieke grondrechten mogen slechts worden beperkt door specifieke, algemeen verbindende voorschriften die door de formele wetgever zijn vastgesteld. Alleen als de grondwetsbepaling een delegatieterm bevat, mag de formele wetgever onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid tot het formuleren van beperkingen op grondrechten aan lagere regelgevers overdragen.

Als gezegd mag bij het geven van noodbevelen en het opstellen van noodverordeningen niet van de Grondwet worden afgeweken: de tekst van de Gemeentewet verbiedt dat. Voorts kan uit de grondwetsgeschiedenis worden afgeleid dat de artikelen 175 en 176 van de Gemeentewet als onvoldoende specifiek moeten worden aangemerkt. (zie noot 93) Het zijn zeer algemeen geformuleerde bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar, en er wordt niet in aangegeven welke grondrechten in welke mate beperkt kunnen worden. Hoewel tijdens de grondwetsherziening van 1983 enige relativering op de eis van een specifieke wettelijke grondslag is aangebracht (zie hiervoor punt 4c) zijn beperkingen van grondwettelijke grondrechten op grond van artikel 175 en 176 van de Gemeentewet niet of in elk geval moeilijk met de destijds aanvaarde beperkingssystematiek te rijmen.

Na de grondwetsherziening van 1983 lijkt er een zekere verschuiving te hebben plaatsgevonden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Gemeentewet blijkt dat de wetgever - in weerwil van de tekst van de beide bepalingen - een genuanceerder beeld schetste, waarin de eis van een specifieke wettelijke grondslag enigszins gerelativeerd is. Zowel de Tweede als de Eerste Kamer gaven te kennen dat beperking van enkele grondrechten, gelet op de noodrechtpraktijk, mogelijk moest zijn. Beide Kamers gingen akkoord met de stelling van de regering dat de burgemeester met toepassing van de noodbevels- en noodverordeningsbevoegdheid bepaalde, met name genoemde grondrechten, te weten de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging buiten besloten plaatsen, (zie noot 94) de vrijheid van meningsuiting, (zie noot 95) en de vergader- en betogingsvrijheid, (zie noot 96) mag beperken. De tekst van de beide bepalingen bleef niettemin ongewijzigd. (zie noot 97)

De bevoegdheid tot het beperken van andere grondwettelijke grondrechten zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zie noot 98) - kan gelet op de parlementaire geschiedenis van de Gemeentewet haar grondslag in principe dus niet vinden in de beperkingsystematiek of de wetsgeschiedenis. Een strikte interpretatie daarvan zou betekenen dat de voorzitters van de veiligheidsregio deze grondrechten in de noodverordeningen niet mogen beperken en dat de noodverordeningsbevoegdheid daartoe in zoverre tekortschiet.

b. Redelijke uitleg en positieve verplichtingen als nuancerings?

In de literatuur wordt wel bepleit dat die strikte interpretatie niet onverkort moet worden gevolgd. Ruimte zou in de eerste plaats kunnen worden gevonden in de hiervoor genoemde (zie punt 4a) 'redelijke uitleg' van grondwetsartikelen - zij strekken niet zó ver dat de uitoefening ervan te allen tijde, op elke plaats en op iedere wijze geoorloofd is. (zie noot 99) Varianten daarop worden eveneens bepleit. Zo wordt bijvoorbeeld wel gesteld dat grondwettelijke beperkingsclausules niet in de weg staan aan een incidentele beperking van een grondrecht in een concreet geval vanwege wanordelijkheden, (zie noot 100) of vanwege een (dreigende) ramp of een zwaar ongeval. (zie noot 101)

In de tweede plaats zou, zo wordt wel bepleit, ruimte kunnen worden gevonden in conflicterende grondrechtsaanspraken, die ertoe leiden dat de overheid in haar handelen niet alleen de uitoefening van de klassieke grondrechten door burgers zoveel mogelijk moet respecteren, maar óók maatregelen moet nemen om de volksgezondheid te bevorderen en haar burgers te beschermen tegen levensbedreigende situaties. In dit verband spelen positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM en sociale grondrechten een rol (zie hiervoor punt 5c). Deze brengen met zich dat de staat niet alleen verplicht is zich te onthouden van het aantasten van leven, maar ook tot het nemen van noodzakelijke en geschikte stappen om het recht op leven van individuen binnen zijn rechtsmacht actief te beschermen.

Daartoe behoren verplichtingen om preventieve maatregelen te nemen ter bescherming van het leven van individuele personen, indien er een concrete indicatie bestaat van een risico voor een acute levensbedreigende situatie. In die gevallen worden overheden geacht op grond van artikel 2 van het EVRM preventief op te treden; ze mogen dergelijke gevaarlijke situaties dus niet gedogen. Deze redeneerlijn wordt wel ten grondslag gelegd aan de opvatting dat het geoorloofd is om in uitzonderlijke (concrete, acute en levensbedreigende) situaties gedurende korte tijd op grond van de noodbevels- en noodverordeningsbevoegdheden een inbreuk te maken op de uitoefening van grondwettelijke grondrechten - ondanks de strikte grondwettelijke beperkingsclausules. (zie noot 102)

8. Verhouding noodbevels- en verordeningsbevoegdheid en grondrechten in het EVRM en het EU-Handvest

Beperkingsvoorwaarden zijn cumulatief. Voor grondrechten die zowel in de Grondwet als het EVRM en het EU-Handvest worden beschermd, moet dus worden voldaan aan alle eisen die in de betreffende artikelen worden gesteld. Voor grondrechten die uitsluitend door het EVRM en het EU-Handvest worden beschermd - zoals de vrijheid van beweging in artikel 2, Vierde Protocol van het EVRM en artikel 45 EU-Handvest - geldt dat een noodbevel of een noodverordening op een globale wettelijke grondslag mag berusten. (zie noot 103) Om de toegankelijk- en voorzienbaarheid hiervan zoveel mogelijk te waarborgen, dienen de voorzitters van de veiligheidsregio's de noodmaatregelen zo duidelijk mogelijk te formuleren. Daarnaast dient steeds opnieuw de noodzaak en de proportionaliteit van de maatregelen te

worden beoordeeld.

9. Beperkende maatregelen

Welke beperkende maatregelen zijn genomen om de verdere verspreiding van het coronavirus tegen te gaan? Bij de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang dat de maatregelen voor een groot deel berusten op een moreel appel van overheidswege. De oproepen bijvoorbeeld om zoveel mogelijk thuis te blijven, pas contact te zoeken met de huisarts als klachten verergeren en werktijden zoveel als mogelijk te spreiden zijn van groot belang. Het gevolg geven aan zulke oproepen kan door burgers als beperkend worden ervaren. Niettemin kunnen zulke sociale oproepen niet worden afgedwongen en niet worden beschouwd als algemeen verbindende voorschriften die grondrechten beperken. Deze dringende oproepen, hoe cruciaal ook, zullen derhalve buiten beschouwing blijven in dit overzicht van beperkende maatregelen.

a. Beperkende maatregelen op rijksniveau

Op rijksniveau zijn er slechts enkele beperkende maatregelen genomen. Met name zijn van belang:

- de uitoefening van burgerluchtverkeer in het luchtruim boven Nederland is verboden voor luchtverkeer vanuit hoog-ricicolanden naar luchthavens gelegen op Nederlands grondgebied; (zie noot 104)
- op het gebied van de strafrechtspleging is in de bestaande regeling van onderzoek naar de mogelijkheid van overbrenging van een ernstig besmettelijke ziekte (zie noot 105) de mogelijkheid gecreëerd om slijmvlies- of sputumonderzoek uit te voeren om vast te stellen of een verdachte in een strafzaak drager is van SARS-CoV-2; (zie noot 106)
- in het burgerlijk recht en het bestuursrecht is in de wettelijke mogelijkheid voorzien om de mondelinge behandeling plaats te laten vinden door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel, (zie noot 107) en in het jeugdrecht is een wettelijke basis geboden om verlengingsbeslissingen ondertoezichtstelling en machtigingen uithuisplaatsing te geven zonder partijen te horen. (zie noot 108)

Bovengenoemde voorschriften kunnen achtereenvolgens beperkingen opleveren van de bewegingsvrijheid, (zie noot 109) de lichamelijke integriteit (zie noot 110) en het recht op een openbare terechtzitting. (zie noot 111) De grondslagen voor deze maatregelen zijn respectievelijk de reeds lang bestaande wettelijke bevoegdheid van de Minister van I en M om bij ministeriele regeling het uitoefenen van het burgerluchtverkeer tijdelijk te verbieden om redenen van openbare orde en veiligheid, (zie noot 112) en de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid. (zie noot 113) Gezien de grondrechtelijke aspecten reeds onderwerp zijn geweest van parlementaire beraadslaging en besluitvorming, (zie noot 114) zullen zij in wat hierna volgt buiten beschouwing blijven.

b. Beperkende maatregelen in noodverordeningen

De overige mogelijk beperkende maatregelen tegen de verdere verspreiding van het coronavirus vinden hun juridische grondslag in noodverordeningen van de voorzitters van de 25 veiligheidsregio's. (zie noot 115) Dit zijn tevens de maatregelen die tot het meeste maatschappelijk debat hebben geleid. Dat er 25 verschillende noodverordeningen zijn betekent niet dat er 25 volledig verschillende regimes gelden; de noodverordeningen zijn grotendeels gebaseerd op een modelnoodverordening van de voorzitters van de veiligheidsregio's gezamenlijk. In de modelverordening zijn de aanwijzingen van de Minister van VWS verwerkt. (zie noot 116) Zodoende is er in alle 25 veiligheidsregio's een hoge mate van uniformiteit in de normstelling.

De modelnoodverordening en de daarop gebaseerde noodverordeningen zijn meermalen herzien. Hierbij kunnen tot dusver grofweg drie periodes worden onderscheiden:

1. Totstandkoming en opschaling: Op 12 maart schalen alle veiligheidsregio's op naar GRIP-4, (zie noot 117) waarmee de voorzitter van de veiligheidsregio bij uitsluiting bevoegd wordt om de noodverordenende bevoegdheid van de burgemeester uit te oefenen. In een persconferentie kondigt het kabinet de eerste beperkende maatregelen aan. In een volgende persconferentie op 15 maart worden deze maatregelen uitgebreid: ook de scholen worden gesloten. Deze maatregelen worden op grond van Aanwijzingen van de Minister van VWS neergelegd in een eerste modelverordening van 19 maart;

2. Verlenging en verfijning: in persconferenties op 23 en 31 maart, en op 21 april worden (gedifferentieerd) verlengingen van de maatregelen aangekondigd en worden de regels en de uitzonderingen fijnmaziger. Deze aankondigingen van 21 april vinden via een aanwijzing van de Minister van VWS van 24 april hun weerslag in een nieuwe modelnoodverordening van 28 april;

3. Gefaseerde afbouw: op 6 mei 2020 worden de eerste versoepelingen aangekondigd. Deze aankondigingen zijn middels een aanwijzing van 8 mei vertaald in een modelnoodverordening van diezelfde datum.

Ondanks de hoge mate van uniformiteit in de normstelling zijn er hier en daar regionale nuances. Zo hebben de voorzitters van sommige veiligheidsregio's ervoor gekozen om naast de overgenomen voorschriften uit de modelnoodverordening aanvullende voorschriften op te nemen. Hiertoe zijn zij ook bevoegd. Deze aanvullende voorschriften zijn veelal gerelateerd aan dat wat regio-eigen is. Een voorbeeld zijn de maatregelen die in vooral kustprovincies zijn genomen om recreatief verblijf te verbieden. (zie noot 118)

Een ander voorbeeld is de uitzondering op het verbod op samenkomsten voor vergaderingen van de Staten-Generaal in de veiligheidsregio Haaglanden. (zie noot 119) Een ander construct dat regionaal maatwerk mogelijk maakt is de bevoegdheid voor de voorzitter van de veiligheidsregio om verboden gebieden en locaties aan te wijzen, al dan niet voor bepaalde tijdvakken. Deze bevoegdheid is in alle noodverordeningen opgenomen, met een uitzondering voor bewoners van woningen in het betreffende gebied of locatie en personen die aldaar noodzakelijke werkzaamheden verrichten. (zie noot 120) De eerste uitzondering is in het licht van het huisrecht ook grondrechtelijk relevant. Tot slot biedt de modelnoodverordening een grondslag om voor de voorzitter van de veiligheidsregio een generieke bevoegdheid om (categorieën van) gevallen van de verbodsbepalingen uit te zonderen. (zie noot 121)

Hierna volgt een overzicht van de (mogelijk) grondrechtenbeperkende maatregelen. Met name de volgende grondrechten zijn aan de orde:

- vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing (artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM, artikel 10 EU-Handvest);
- recht op privéleven, waaronder familieleven en huisrecht (artikel 10 Grondwet, artikel 8 EVRM, artikel 7 EU-Handvest);
- vrijheid van vergadering en betoging (artikel 9 Grondwet, artikel 11 EVRM, artikel 12 EU-Handvest m.b.t. vergadering);
- vrijheid van onderwijs (artikel 23 Grondwet, artikel 2 EP EVRM, artikel 14 EU-Handvest);
- de vrije arbeidskeuze (artikel 19, derde lid Grondwet, artikel 4, tweede lid, EVRM, artikel 15 EU-Handvest, artikel 1 Europees Sociaal Handvest);
- het eigendomsrecht (artikel 14 Grondwet, artikel 1 Eerste Protocol (EP) EVRM, artikel 17 EU-

Handvest);

- de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 EU-Handvest);
- de bewegingsvrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM, artikel 45 EU-Handvest).

Als gezegd is dit overzicht gebaseerd op de modelnoodverordening van 28 april 2020 (hierna ook: de modelnoodverordening), omdat deze de meest ruime catalogus van mogelijk beperkende maatregelen bevat en dus het beste beeld biedt om de door de Kamer gestelde vragen te beantwoorden. Deze modelnoodverordening is ook als bijlage opgenomen. Navolgende verwijzingen naar artikelen zien op deze modelverordening, tenzij uitdrukkelijk een andere regeling wordt genoemd.

De (mogelijk) grondrechtenbeperkende maatregelen in de modelnoodverordening zijn de volgende:

- Een verbod om samenkomsten en evenementen te laten plaatsvinden, te (laten) organiseren of te laten ontstaan, dan wel aan dergelijke samenkomsten deel te nemen. (zie noot 122) Op grond van de toelichting bij de modelverordening van 28 april 2020 blijkt dat hier ook samenkomsten buiten de publieke ruimte onder kunnen vallen.

Relevante uitzonderingen zijn:

- wettelijk verplichte samenkomsten, zoals vergaderingen van gemeenteraden, mits daarbij niet meer dan honderd personen aanwezig zijn;
- samenkomsten die noodzakelijk zijn voor de continuering van de dagelijkse werkzaamheden van instellingen, bedrijven en andere organisaties, mits daarbij niet meer dan honderd personen aanwezig zijn en maatregelen zijn getroffen om 1,5 meter afstand tussen de aanwezigen te garanderen;
- uitvaarten en huwelijksvoltrekkingen, mits daarbij niet meer dan dertig personen aanwezig zijn;
- samenkomsten waarbij het recht zijn godsdienst of levensovertuiging vrij te belijden als bedoeld in artikel 6 van de Grondwet wordt uitgeoefend, mits daarbij niet meer dan dertig personen aanwezig zijn; (zie noot 123)

- Een verbod voor eenieder om zich in de publieke ruimte in een groep van drie of meer personen op te houden zonder tot de dichtstbijzijnde persoon in die groep en andere personen een afstand te houden van ten minste 1,5 meter. (zie noot 124) Dit verbod is niet van toepassing op personen die een gezamenlijke huishouding vormen. (zie noot 125)

- Een verbod op de openstelling van:

- eet- en drinkgelegenheden (afhaalfunctie uitgezonderd);
- sport- en fitnessgelegenheden;
- sauna's;
- seksinrichtingen;
- coffeeshops (afhaalfunctie uitgezonderd);
- inrichtingen waar speelautomaten als bedoeld in de Wet op de kansspelen kunnen worden gespeeld;
- inrichtingen waar op de uiterlijke verzorging gerichte contactberoepen worden uitgeoefend (afhaalfunctie uitgezonderd). (zie noot 126)

- Een verbod om contactberoepen uit te oefenen; (zie noot 127)

- Een verbod om zich te bevinden in door de voorzitter aangewezen gebieden of locaties; (zie noot 128)

- Een verbod om onderwijsactiviteiten te verrichten in onderwijsinstellingen; (zie noot 129)
- Een verbod op toegang tot zorginstellingen en woonvormen in de ouderenzorg zonder toestemming van de beheerder. (zie noot 130)

10. Wetgeving en bestuur in crisistijd

Alvorens de voorlichtingsvragen te beantwoorden maakt de Afdeling, mede met het oog op de toekomst, eerst enkele algemene opmerkingen over een belangrijk hoofdbestanddeel van het voorlichtingsverzoek: (zie noot 131) de betekenis van de parlementaire en democratische controle in de maatschappelijke en bestuurlijke context van de huidige crisis. Voorafgaand daaraan volgt eerst een opmerking over de sleutel waarin de relevante aspecten op dit moment moeten worden beoordeeld.

a. Besturen in crisistijd

Besturen in crisistijd geschiedt noodzakelijkerwijs op basis van beperkte en snel veranderende kennis. Wat een week eerder ondenkbaar was, kan een week later gemeengoed zijn. Met de kennis van later, zouden sommige beslissingen wellicht anders zijn uitgevallen. Wat gisteren proportioneel leek, staat vandaag wellicht juist niet langer in redelijke verhouding tot het te bereiken doel. Omgekeerd kan wat gisteren doeltreffend en doelmatig leek, met de kennis van vandaag juist onvoldoende ingrijpend zijn.

Het is in dat licht bezien essentieel dat de genomen maatregelen waarop het voorlichtingsverzoek doelt, in dit soort omstandigheden worden beoordeeld en gewogen in het licht van de bij de beslisnemer op dat moment naar redelijkheid aanwezige kennis. Een te gemakkelijk oordeel achteraf met de informatie die inmiddels voorhanden is, moet worden voorkomen. Dat geldt te meer omdat nog steeds veel onzeker is over hoe de situatie verder gaat verlopen en dus ook de komende tijd met een beperkte kennis moet worden gehandeld.

Hetzelfde kan gezegd worden over de keuze welk instrumentarium in de crisis moet worden ingezet. Zoals hiervoor geschetst kent het noodrecht in Nederland verschillende vormen, elk met eigen voor- en nadelen. Daarbij is van belang dat aanvankelijk, tussen 6 en 12 maart, nog sprake leek te zijn van een regionale, beperkte uitbraak (in Noord-Brabant). Dit leidde ertoe dat er in eerste instantie gewerkt is met het nemen van maatregelen via een noodverordening afkomstig van de als eerste zwaar getroffen veiligheidsregio. (zie noot 132)

In dat licht is begrijpelijk dat in de daarop volgende fase, toen bleek dat de crisis minder regionaal en beperkt was dan oorspronkelijk gedacht, het systeem van GRIP-4 met een modelverordening op basis van een aanwijzing van de Minister van VWS is toegepast die betrekking had op alle 25 veiligheidsregio's. (zie noot 133) Dit model had als grote voordeel dat het snel ingezet kon worden en flexibel was. Omdat er in het allereerste begin, oij aanvang van de crisis, nog zeer weinig bekend was over de vraag of maatregelen voor heel Nederland gelijklozend zouden moeten zijn of dat er sprake zou zijn van grote regionale verschillen lag de keuze voor maatregelen via de veiligheidsregio's voor de hand. Dit betekent dat de huidige maatregelen in een acute, onvoorziene crisissituatie tot stand zijn gebracht in de vorm van opeenvolgende noodverordeningen van voorzitters van veiligheidsregio's.

Zoals bekend ziet het er naar uit dat de crisissituatie voorlopig nog zal voortduren. Daarbij zijn verschillende fasen te onderscheiden. De eerste fase was die van de acute crisis. Op dit moment zitten we in een fase waarin geen sprake meer is van een acute noodsituatie maar nog steeds wel van een zeer uitzonderlijke situatie. Daarin kunnen nog niet alle mogelijk beperkende maatregelen opgeheven worden. Denkbaar is ook dat er op enig moment

opnieuw moet worden opgeschaald. Dit betekent dat ingrijpende, (mogelijk) grondrechtbeperkende maatregelen waarschijnlijk gedurende een relatief lange periode van kracht zullen moeten blijven. (zie noot 134)

b. Parlementaire controle

Een apart onderdeel van het voorlichtingsverzoek betreft de democratische controle. Deze komt op dit moment in de eerste plaats naar voren door middel van de ministeriële verantwoordelijkheid. De eerst verantwoordelijke ministers (met een bijzondere rol voor de minister-president) leggen in het openbaar en duidelijk zichtbaar de genomen maatregelen en de daarbij gemaakte afwegingen uit aan de bevolking. Zij leggen daarover ook verantwoording af aan het parlement. Het afleggen van publieke verantwoording is van groot maatschappelijk belang. Wil de democratie juist in crisistijd zijn kracht behouden dan moet de overheid een gezicht hebben: burgers, kiezers moeten in alle openheid kunnen zien wie van de overheid waarop aanspreekbaar is. Ook is van groot belang dat zoveel mogelijk de feiten en gegevens op grond waarvan besluiten worden genomen, openbaar worden gemaakt.

In crisissituaties zal met het oog op de noodzakelijke slagkracht aan het bestuur een zekere, soms grote beleidsvrijheid worden toegekend. (zie noot 135) Er moeten immers snel en soms ingrijpende maatregelen worden genomen. Juist ook in dergelijke omstandigheden is parlementaire controle essentieel. De Tweede en Eerste Kamer hebben dan ook terecht onderkend dat de parlementaire werkzaamheden zoveel mogelijk moeten doorgaan, indien nodig op een op de bijzondere omstandigheden afgestemde wijze. (zie noot 136) De controle op de noodzaak en proportionaliteit van de maatregelen die gericht zijn op de beheersing van de crisis, is daar een essentieel onderdeel van.

Het gecodificeerde staatsnoodrecht (zie hiervoor punt 2) en het wettelijk crisisbeheersingsregime (zie hiervoor punt 3) verschillen wat betreft de betrokkenheid van vertegenwoordigende organen. In het eerste geval is voorzien in grondwettelijke gegarandeerde parlementaire betrokkenheid, die bij formele wet verder is versterkt. Het parlement is niet betrokken bij de inwerkingstelling, maar wanneer bepalingen van gecodificeerd staatsnoodrecht in werking zijn gesteld, beslissen de Staten-Generaal in verenigde vergadering omtrent het voortduren daarvan. (zie noot 137) De afkondiging van de beperkte of algemene noodtoestand wordt bovendien terstond medegedeeld aan de Staten-Generaal. (zie noot 138) Bij de afzonderlijke inwerkingstelling van noodrechtelijke bepalingen is eveneens voorzien in parlementaire betrokkenheid. (zie noot 139) Deze wettelijke voorzieningen stellen het parlement in staat om, zo nodig ook tussentijds, te controleren op welke wijze bevoegdheden in die omstandigheden worden uitgeoefend. Zoals gezegd is toepassing van het klassieke staatsnoodrecht tot nu toe niet ingezet.

c. Democratische controle in de Wpg jo. Wvr

In het tweede geval, waarin het crisisbeheersingsregime wordt toegepast, is de situatie diffuser. De mate waarin en de wijze waarop democratische controle wordt uitgeoefend, hangt af van de omstandigheden. Dat geldt ook voor de thans toegepaste constructie op grond van de Wet publieke gezondheid (Wpg) en de Wet veiligheidsregio's (Wvr). Daarin zijn ook de verhoudingen tussen bestuurslagen aan de orde.

De beperkende maatregelen zijn op dit moment vastgelegd in noodverordeningen. Daarbij geldt dat in het normale geval waarin de burgemeester de noodverordening vaststelt, de gemeenteraad op grond van artikel 176 van de Gemeentewet een belangrijke legitimerende en controlerende rol heeft. Wordt de noodverordenende bevoegdheid echter uitgeoefend door de voorzitter van de veiligheidsregio, dan controleert de gemeenteraad in de betreffende veiligheidsregio enkel achteraf: de voorzitter van de veiligheidsregio brengt dan

samen met de burgemeesters die deel uitmaakten van het regionaal beleidsteam, schriftelijk verslag uit aan de raden over het verloop van de gebeurtenissen en de besluiten die hij heeft genomen. (zie noot 140) Ook is de voorzitter van de veiligheidsregio verplicht de betreffende raden achteraf desgewenst mondelinge inlichtingen te verstrekken. (zie noot 141) Hiermee is bedoeld te verzekeren dat in de raad die het aangaat verantwoording wordt afgelegd door de verantwoordelijke bestuurder. (zie noot 142) De gemeenteraad heeft echter in die bijzondere constellatie niet de bevoegdheid aan een eventueel negatief oordeel consequenties te verbinden. (zie noot 143)

Naast gemeentelijke en regionale bestuursorganen is op Rijksniveau ook de Minister van VWS betrokken. Zodra sprake is van de bestrijding van een infectieziekte behorend tot groep A, of een directe dreiging daarvan, heeft de Minister van VWS de leiding over de bestrijding. Dit betekent dat het optreden van de voorzitter van de veiligheidsregio tot op grote hoogte samenvalt met de leidinggevende rol van de minister. (zie noot 144) Bij de totstandkoming van de Wpg is van regeringswege gesteld dat zo'n leidinggevende rol van de minister over de veiligheidsregio verenigbaar moet zijn met het geheel van bestuurlijke verantwoordelijkheden zoals deze op decentraal niveau gelden. Een dergelijk optreden zou, aldus de regering destijds, ook afdoende democratisch gelegitimeerd moeten zijn en dienovereenkomstig kunnen worden verankerd in de Wet veiligheidsregio's. (zie noot 145) De leidinggevende rol van de Minister van VWS is echter nooit ingepast in de bovenbedoelde verantwoording achteraf van de veiligheidsregio's naar de gemeenteraden. Hier ligt dus logischerwijs een controlerende taak op nationaal niveau voor de Staten-Generaal.

d. Democratische controle en grondrechten

Samenvattend verschillen het gecodificeerde staatsnoodrecht (zie hierover punt 2) en het wettelijk crisisbeheersingsregime (zie hierover punt 3) als het gaat om de bestuurlijke uitwerking. Het gecodificeerde staatsnoodrecht gaat uit van centrale regie. (zie noot 146) Op grond van het gecodificeerde staatsnoodrecht mag onder bepaalde voorwaarden van een uitputtende lijst grondwetsbepalingen worden afgeweken. (zie noot 147) Daaronder kunnen onder bijzondere omstandigheden ook enkele in artikel 103, tweede lid, van de Grondwet genoemde grondrechten vallen.

Het systeem van crisisbeheersing gaat op de grondslag van de gemeentelijke bevoegdheden uit van regionale regie, met dien verstande dat deze in feite van rijkswege kan worden overgenomen. Het systeem van crisisbeheersing dient binnen de reguliere grondrechtelijke beperkingssystematiek van de Grondwet (zie hierover punt 4) te blijven; bij noodverordening mag niet van de Grondwet wordt afgeweken. In beide gevallen hangt de verhouding tot het EVRM af van de vraag of artikel 15 van het EVRM wel of niet van toepassing is (zie hierover punt 2c).

11. Beantwoording voorlichtingsvragen

In het licht van het voorgaande beantwoordt de Afdeling nu de in het voorlichtingsverzoek gestelde vragen. De Afdeling merkt op dat de vragen naar de democratische controle, de fasering van de afbouw en de proportionaliteit van de maatregelen bij de beheersing van crises met een bovenlokaal karakter, zoals uit de voorgaande analyse (zie punt 10) al naar voren kwam, nauw met elkaar samenhangen. Dit betekent dat de antwoorden op de vier gestelde vragen steeds in onderling verband gelezen moeten worden. In het licht van die samenhang beantwoordt de Afdeling de eerste twee vragen tezamen.

Op basis van het voorafgaande komt de Afdeling tot de volgende antwoorden:

1. In hoeverre wordt bij elk van de maatregelen voldoende rekening gehouden met de aard

van het grondrecht dat daarbij naar de mening van de Afdeling in het geding is?

2. In hoeverre zijn de minst vergaande maatregelen getroffen die nodig zijn voor het bereiken van het doel?

a. Verdragsrechten

Bij het antwoord op deze vragen moeten grondwettelijke en verdragsrechtelijke grondrechten worden onderscheiden. Anders dan de Grondwet stellen het EVRM en het EU-Handvest niet de eis van een specifieke formeel-wettelijke grondslag voor grondrechtenbeperkingen. Wel stelt het EVRM randvoorwaarden aan de toegankelijkheid en voorzienbaarheid daarvan. Dat betekent dat de noodverordeningen adequaat gepubliceerd moeten worden. (zie noot 148) Daarnaast moeten de verordeningen - in de mate dat spoed en complexiteit dat toelaten - voldoende duidelijk zijn voor burgers om hun gedrag op af te stemmen. Aangenomen mag worden dat dit gelet op de rechtspraak van het EHRM het geval is. (zie noot 149) Daarbij is onvermijdelijk dat in de praktijk vragen rijzen over de exacte toepassing daarvan en de reikwijdte van de maatregelen, in het bijzonder ten aanzien van het begrip samenkomst. (zie noot 150)

Voorts is van belang dat het EVRM in de clausuleringen bij de relevante vrijheden het belang van de gezondheid als een legitiem doel van beperkingen noemen. (zie noot 151) Ook wordt de bescherming van de volksgezondheid aanvaard als een legitieme doelstelling voor de beperking van rechten uit het EU-Handvest. (zie noot 152) Daarnaast geldt op grond van artikel 2 van het EVRM (het recht op leven) voor de overheid een positieve verplichting om effectieve maatregelen te treffen om het recht op leven te beschermen in geval van een reëel en onmiddellijk gevaar voor het leven van anderen. Voorts brengen positieve verplichtingen op grond van artikel 8 van het EVRM (het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) met zich dat de overheid ingrijpt in (potentieel) gevaarlijke situaties waarbij de bescherming van leven en gezondheid in het geding is. (zie noot 153) Aan deze verplichtingen geeft de regering in de crisis van nu uitvoering. (zie noot 154)

Een belangrijke voorwaarde is verder dat de beperkingen op grond van het EVRM en het EU-Handvest noodzakelijk en proportioneel moeten zijn. Het EU-Handvest vereist specifiek dat beperkingen altijd de wezenlijke inhoud van grondrechten dienen te eerbiedigen. Daarbij erkent het EHRM dat verdragsstaten bij het nemen van preventieve maatregelen met het oog op de bescherming van de gezondheid een aanzienlijke beoordelingsruimte, ofwel 'margin of appreciation' hebben. (zie noot 155) Gelet op het onmiskenbaar zware belang van de volksgezondheid dat in het geding is, voldoen de noodverordeningen aan deze eisen.

Ten slotte wijst de Afdeling op de inbreuk die door verschillende maatregelen in de modelverordening - bijvoorbeeld het verbod op openstelling van bepaalde inrichtingen en op het uitoefenen van contactberoepen - wordt gemaakt op het eigendomsrecht (zie noot 156) en de vrijheid van ondernemerschap. (zie noot 157) Deze beperkingen acht de Afdeling aanvaardbaar, gelet op de grote marge die artikel 1, Eerste Protocol van het EVRM laat voor de regulering van eigendom. Hetzelfde geldt voor artikel 16 EU-Handvest, gezien de verwijzing naar de nationale wetgevingen en praktijken. In het kader van de proportionaliteit zijn in dit verband ook de genomen generieke en grofmazige steunmaatregelen die onder meer zien op compensatie van inkomsten- en omzetverliezen relevant. (zie noot 158) Een aandachtspunt is dat de tekst van de noodverordeningen en de toepassing daarvan, gelet op deze rechten helder, consistent en niet willekeurig zijn.

Het voorgaande betekent dat voor de grondrechten die uitsluitend door het EVRM en het EU-Handvest worden beschermd, zoals met name de vrijheid van beweging, (zie noot 159) de

noodverordeningen op zichzelf een toereikende grondslag bieden. Wel moet worden opgemerkt dat ook bij de toepassing van bepalingen uit de noodverordeningen in concreto, de proportionaliteitseis geldt. Dat houdt in dat ook in de uitvoering en de handhaving het overheidsoptreden proportioneel moet zijn. In laatste instantie kan dit door de rechter worden getoetst.

Hoewel de bewegingsvrijheid aan vele bepalingen van de noodverordeningen raakt wordt met bovenstaande constatering slechts een deel van de vraagstelling gedekt. De meeste grondrechten immers worden niet alleen in het EVRM en het EU-Handvest beschermd maar ook in de Grondwet. De daarin vastgelegde beperkingsvoorwaarden zijn can cumulatief; er dient ook aan de grondwettelijke beperkingsclausules te zijn voldaan.

b. Grondwettelijke grondrechten: algemeen

Alvorens in te gaan op de betekenis van de grondwettelijke beperkingssystematiek voor de geldende noodverordeningen zij opgemerkt dat deze niet geldt voor alle grondwettelijke grondrechten. Met name de vrijheid van onderwijs neemt een bijzondere positie in. Het (partiële) verbod op openstelling van onderwijsinstellingen vormt een beperking van de vrijheid om onderwijs te (doen) geven als bedoeld in artikel 23, tweede lid, van de Grondwet. In dit verband is echter van belang dat artikel 23 van de Grondwet buiten de grondwetsherziening van 1983 is gebleven en de beperkingssystematiek daarop derhalve niet van toepassing is (zie hiervoor punt 4 d). Dat betekent dat algemene beperkingen op deze vrijheid, gebaseerd op neutrale van volksgezondheid en preventie die ook op een breed scala van andere instellingen toepassing vinden, met inachtneming van proportionaliteit en subsidiariteit toelaatbaar zijn, ook al zijn ze niet te herleiden tot een beperkingsclausule. Dat geldt ook met betrekking tot de grondwettelijke vrijheid van arbeidskeuze. (zie noot 160)

Dat is niet zonder meer het geval voor de grondrechten waarvoor de grondwettelijke beperkingssystematiek wel geldt. Strikt geredeneerd is de wettelijke grondslag voor de noodverordeningbevoegdheid ex artikel 176 van de Gemeentewet - die op grond van de Wvr tijdelijk door de voorzitters van de veiligheidsregio's wordt uitgeoefend - onvoldoende specifiek. Het wetsartikel voorziet in een algemene verordeningbevoegdheid. (zie noot 161) Daarvan kan weliswaar alleen in bepaalde situaties gebruik worden gemaakt, maar zij is niet specifiek gericht op de beperking van grondrechten. Ook de Wpg biedt met het oog daarop geen toereikende basis. (zie noot 162)

Hiervoor bleek echter dat in vervolg op de zeer beperkte relativeringen van de grondwettelijke beperkingssystematiek die reeds bij de totstandkoming van de grondwetsherziening van 1983 zijn erkend, in de loop van de tijd door de wetgever en in de literatuur over artikel 175 en 176 van de Gemeentewet een genuanceerder standpunt is ingenomen (zie hiervoor punt 7). Zo heeft de formele wetgever zélf de grondwettelijke specificiteitseis enigszins gerelativeerd voor de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging voor zover die buiten gebouwen of besloten plaatsen wordt uitgeoefend, (zie noot 163) de (mondelijke) uitingsvrijheid, (zie noot 164) en de vergader- en betogingsvrijheid. (zie noot 165) De noodbevoegdheden in artikel 175 en 176 van de Gemeentewet kunnen in bijzondere urgente gevallen, waarin de Wet openbare manifestaties onvoldoende middelen biedt, gezien worden als de delegerende wet die door deze grondwetsbepalingen vereist wordt. (zie noot 166) De rechter is dit standpunt voor zover het ging om concrete noodbevelen gevolgd. (zie noot 167)

Gelet op het voorgaande is het verdedigbaar dat in een acute, concrete en levensbedreigende situatie - zoals het plotseling uitbreken van het coronavirus - de beperking van grondrechten gedurende een korte periode op een globalere wettelijke grondslag berust

dan de Grondwet normaliter vereist. Daarbij speelt een rol dat de overheid in deze situatie onmiskenbaar een, ook uit mensenrechtenverdragen voortvloeiende, verplichting heeft om het recht op leven te beschermen. Daarop geldt dat naarmate deze situatie langer duurt de juridische houdbaarheid van deze constructie afneemt. Nu de crisis ondanks het perspectief van een geleidelijke afbouw voorlopig aanhoudt heeft de regering dan ook terecht een tijdelijke wet aangekondigd. Deze dient op korte termijn voor de thans en in de toekomst noodzakelijke beperkende maatregelen een steviger juridisch fundament te geven.

c. Grondwettelijke grondrechten: samenkomsten

De Afdeling stelt vast dat er maatschappelijke discussie is over specifieke onderdelen van de modelverordening. Deze heeft met name betrekking op het verbod van samenkomsten en de mogelijke uitzonderingen daarop. Op grond van artikel 2.1 van de modelnoodverordening is het verboden om samenkomsten te laten plaatsvinden, te (laten) organiseren of te laten ontstaan, dan wel aan zulke samenkomsten deel te nemen. Het begrip 'samenkomsten' werd in de eerste modelverordeningen als volgt gedefinieerd:

"openbare samenkomsten en vermakelijkheden als bedoeld in artikel 174 van de Gemeentewet, samenkomsten in voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven, alsmede in vaartuigen, en samenkomsten buiten de publieke ruimte".

In de modelnoodverordeningen van 28 april 2020 wordt het begrip niet meer gedefinieerd. Uit de toelichting blijkt dat het verbod op samenkomsten ook in die modelverordening mede ziet op samenkomsten buiten de publieke ruimte, zodat kan worden opgetreden tegen bijvoorbeeld 'coronafeestjes' in studentenhuisen, garages en loodsen.

Een aantal grondrechten heeft betrekking op het verbod op samenkomsten : de betogingsvrijheid, de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De Afdeling gaat op deze rechten kort in.

i. Betogingen

In de eerste modelnoodverordeningen waarin het begrip 'samenkomsten' werd gedefinieerd vielen betogingen niet binnen het bereik van deze definitie. Betogingen zijn niet aan te merken als openbare samenkomsten of vermakelijkheden als bedoeld in artikel 174 van de Gemeentewet. (zie noot 168) Dit betekent dat de regulering van betogingen werd geacht plaats te vinden op grond van de Wet openbare manifestaties (Wom) toen deze eerste verordeningen van kracht waren - zij hadden er immers geen betrekking op. In de modelverordening van 28 april 2020 is dat anders: nu het begrip 'samenkomsten' in het geheel niet meer wordt gedefinieerd, zouden ook betogingen daaronder kunnen vallen. Omdat in de uitzonderingen op het verbod op samenkomsten geen betogingen in de zin van artikel 9 van de Grondwet worden genoemd, zou kunnen worden gesteld dat betogingen op grond van de noodverordeningen geheel zijn verboden. Niet duidelijk is of met deze wijziging ook een dergelijke aanscherping is beoogd.

Noodverordeningen dienen uit grondrechtelijk oogpunt niet verder te gaan dan nodig is. Mede in dat licht bezien moet ervan worden uitgegaan dat betogingen zijn blijven vallen onder het regime van de Wom. Dat wil niet zeggen dat het verbod op het niet in acht nemen van een veilige afstand van 1,5 meter wanneer men zich met een groep van drie of meer personen in de publieke ruimte bevindt, niet van toepassing is op betogingen. De gangbare methode van de redelijke uitleg (zie hiervoor punt 4a) brengt met zich dat de betogingsvrijheid onder de huidige omstandigheden niet zó ver reikt dat de afstandseisen die voortvloeien uit de modelverordening over de wijze waarop zij kunnen worden uitgeoefend, als beperkingen van dit grondrecht moeten worden opgevat. Voor zover daarvan wel sprake

zou zijn kan de burgemeester - en thans, vanwege de toepasselijkheid van artikel 39 Wvr, de voorzitters van de veiligheidsregio's - op grond van de Wom voorschriften en beperkingen stellen 'ter bescherming van de gezondheid'. Voorschriften die betrekking hebben op de eis om in de publieke ruimte 1,5 meter afstand van elkaar te houden en op maximering van het aantal deelnemers zijn in dit licht geoorloofd.

ii. Religieuze samenkomsten

Op het verbod op samenkomsten is in de modelverordening van 28 april 2020 een uitzondering gemaakt voor samenkomsten waarbij het recht zijn godsdienst of levensovertuiging vrij te belijden als bedoeld in artikel 6 van de Grondwet wordt uitgeoefend. Gelet op de definitie van het begrip 'samenkomst' heeft deze uitzondering zowel betrekking op het belijden van godsdienst buiten besloten plaatsen als ook daarbinnen.

Voor zover het de situatie buiten besloten plaatsen betreft, verwijst de Afdeling naar hetgeen hiervoor is opgemerkt: voor zover de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in het geding is, staat de Wom toe dat aan de uitoefening daarvan voorschriften en beperkingen kunnen worden gesteld ter bescherming van de gezondheid. De Afdeling acht de afstandseis en de maximering van het aantal deelnemers in dit licht geoorloofd.

Voor zover de modelverordening religieuze samenkomsten met meer dan 30 personen binnen gebouwen verbiedt, merkt de Afdeling op dat dit aspect van de vrijheid van godsdienst ingevolge artikel 6, eerste lid, van de Grondwet, anders dan samenkomsten die gebaseerd zijn op artikel 6, tweede lid (religieuze bijeenkomsten buiten gebouwen en besloten plaatsen) en artikel 9, tweede lid (betogingen), alléén bij wet in formele zin kan worden beperkt. De Grondwet voorziet in dit geval niet in een delegatiemogelijkheid. Bij de totstandkoming van artikel 176 van de Gemeentewet is artikel 6, eerste lid, van de Grondwet ook niet genoemd als bepaling in het kader waarvan de eis van een specifieke wettelijke grondslag enigszins werd gerelativeerd (zie hiervoor punt 7). Voorts staat artikel 103, tweede lid, van de Grondwet, anders dan bij andere grondwettelijke grondrechten, geen afwijking toe van artikel 6, eerste lid. (zie noot 169)

De spanning met artikel 6, eerste lid, van de Grondwet kan voor een korte periode wellicht worden weggenomen met de methode van de redelijke uitleg. Deze houdt in dat de op grond van de noodverordeningen geldende maximering van het aantal deelnemers voor religieuze samenkomsten binnen gebouwen geen beperking zou zijn van de vrijheid van godsdienst. Een redelijke uitleg van de vrijheid van godsdienst zou dan met zich brengen dat dit recht niet zó ver reikt dat het onder de huidige omstandigheden een onbeperkt aantal deelnemers aan religieuze bijeenkomsten omvat, zelfs indien het samenkomsten binnen gebouwen en besloten plaatsen betreft. (zie noot 170) Volgens deze redenering blijft gebruik van enige betekenis over, omdat er kleinschalige bijeenkomsten van maximaal 30 personen mogelijk zijn en er bovendien in de vorm van meerdere diensten en livestreams, om te bewerkstelligen om iedereen die dat wenst te laten deelnemen. Deze uitleg zou echter gelet op de spanning met artikel 6, eerste lid, van de Grondwet slechts in een acute situatie, voor een korte periode, soelaas kunnen bieden (zie hiervoor onder b).

iii. Samenkomsten in de privésfeer

Zoals hiervoor vermeld wordt in de modelnoodverordening van 28 april 2020 het begrip 'samenkomst' niet meer gedefinieerd. Daarmee kan de verordening ook zien op samenkomsten buiten de publieke ruimte en dus ook op samenkomsten van meer dan drie personen achter de voordeur, in de woning.

De Afdeling meent dat een dergelijke maatregel de kern raakt van het recht op eerbiediging

van de persoonlijke levenssfeer, in het bijzonder van het huisrecht. Zij grijpt diep in de uitoefening van dit grondrecht. De vraag is of artikel 176 van de Gemeentewet zo ver strekt dat het daarvoor een basis kan bieden. Blijkens artikel 174 van de Gemeentewet ziet de burgemeester toe op 'openbare samenkomsten en gemakkelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en besloten plaatsen'. Voor zover de burgemeester bevoegdheden heeft die op de woning betrekking hebben, gaat het alleen om zeer specifieke situaties waarin de openbare orde wordt verstoord. (zie noot 171) Aangenomen moet worden dat dat ook geldt voor de noodbevoegdheid ex artikel 176 van de Gemeentewet. Bij de totstandkoming van artikel 176 van de Gemeentewet is artikel 10 van de Grondwet waarin de persoonlijke levenssfeer wordt beschermd, ook niet genoemd als bepaling in het kader waarvan de grondwettelijke eis van een specifieke wettelijke grondslag enigszins werd gerelativeerd (zie hiervoor punt 7).

Met het oog daarop moeten de modelnoodverordeningen, gelet op artikel 10 van de Grondwet en inhoud en strekking van artikel 176 van de Gemeentewet, zo worden gelezen dat samenkomsten in de privésfeer daar alleen onder vallen als de samenkomst in het concrete geval raakt aan de publieke sfeer. Dat is bijvoorbeeld het geval als een samenkomst, bijvoorbeeld in een garage of op een erf, feitelijk voor iedereen toegankelijk blijkt of als een samenkomst op een andere wijze de openbare orde raakt. In andere gevallen moet ervan worden uitgegaan dat samenkomsten in de strikte privésfeer erbuiten vallen. Zou men in het belang van de volksgezondheid verder willen gaan dan zal daarvoor de eerder genoemde tijdelijke wet een specifieke grondslag moeten bieden.

Enigszins anders ligt het bij het verbod in de modelnoodverordening om op bezoek te gaan in een verpleeghuis zonder toestemming van de beheerder. Ook daarbij is het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het geding. Daarvoor geldt echter dat blijkens de formulering van de desbetreffende bepaling het niet de regeling zélf is die het verbod oplegt maar de beheerder van het verpleeghuis. Deze bepaalt uiteindelijk door het al dan niet geven van toestemming of bezoek mogelijk is. Daarmee vindt de beperking plaats in de rechtsverhouding tussen het verpleeghuis en de bewoner en zijn familie. In die rechtsverhouding is de eis van een specifieke wettelijke grondslag als zodanig niet of niet rechtstreeks van toepassing (zie hiervoor punt 4e). Wel dient het grondrecht in kwestie als zwaarwegende factor te worden meegewogen bij de belangenafweging door de beheerder bij de toestemmingsbeslissing. Nu de feitelijke - ingrijpende - gevolgen van een negatieve beslissing voor de bewoners identiek zijn aan die van een verbod, zou een specifieke wettelijke grondslag bij continuering van dit regime aangewezen zijn.

3. Op welke wijze en volgens welke staatsrechtelijke en grondwettelijke criteria is (gefaseerde) afbouw van maatregelen nodig met het oog op een zo min mogelijk beperken van grondrechten?

Hiervoor is reeds, nu de crisis langere tijd gaat duren, de noodzaak aangestipt van een steviger juridisch fundament voor de noodzakelijke beperkende maatregelen (zie antwoord op vraag 1 en 2 onder c). In een rechtsstaat kunnen noodverordeningen niet te lang van kracht blijven, mede met het oog op de ingrijpende gevolgen voor de vrijheden en grondrechten van een ieder. (zie noot) De systematiek uit de Wet op de veiligheidsregio's met noodverordeningen is niet geschikt voor de aanpak van een langdurige landelijke crisis. Daarom heeft de regering terecht besloten tot een tijdelijke wet die beoogt de bestaande noodverordeningen op korte termijn te vervangen. Binnen dat kader moeten de staatsrechtelijke criteria en uitgangspunten worden geformuleerd met het oog op een gefaseerde afbouw zoals in de vraagstelling bedoeld.

Een belangrijke doelstelling van deze wet zal zijn dat deze, gelet op de hiervoor beschreven grondwettelijke beperkingssystematiek (zie punt 4), zal voorzien in voldoende specifieke grondslagen voor de noodzakelijke grondrechtenbeperkende maatregelen. Met het oog daarop mag de wet niet te algemeen zijn met een vrijwel onbeperkte ruimte voor delegatie; dat zou als wettelijke grondslag gelet op de Grondwet onvoldoende specifiek zijn. Anderzijds moet zij wel zodanig worden geformuleerd dat ze in verband met de crisis voldoende flexibiliteit biedt voor slagvaardig ingrijpen door het bestuur.

Met het oog op de slagvaardigheid is van belang dat in de komende periode mogelijk sprake zal zijn van wisselende omstandigheden. Een gefaseerde afbouw naar de situatie zoals zij vóór de uitbraak van het coronavirus was, is immers niet per se een lineair dalende lijn. Afschalen op de (middel)lange termijn kan vragen om (her)opscaling op de korte termijn, bijvoorbeeld omdat toch sprake lijkt van een toename van besmettingen. Daarbij zal in elke fase opnieuw moeten worden afgewogen welke (grondrechten)beperkende maatregelen met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, een belang dat ook in grondrechtelijke zin in de Grondwet en het EVRM wordt beschermd, in de gegeven situatie noodzakelijk en proportioneel zijn.

In de wet kunnen voor zover mogelijk criteria en uitgangspunten van (gefaseerde) afbouw worden opgenomen. Het gaat daarbij om toetsingscriteria voor verlenging dan wel afbouw van maatregelen, waaronder noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit. Noodzakelijkerwijs zal het gaan om open normen om slagvaardig en naar bevind van zaken te kunnen handelen. Het is voorts van belang dat de wet voldoende inzicht biedt op grond van welke gegevens en informatie de te nemen besluiten hierover tot stand komen. Ook moet de wet duidelijkheid bieden over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de verschillende actoren en bestuurslagen (in casu Rijk, provincie, gemeenten, veiligheidsregio's). Hierbij moet enerzijds de democratische controle zijn gewaarborgd (zie hierna het antwoord op vraag 4). Anderzijds moet wel voldoende flexibiliteit worden ingebouwd om een effectief optreden van het bestuur onder de steeds veranderende omstandigheden mogelijk te maken, waarbij mogelijk ook verschillen tussen regio's aan de orde kunnen zijn.

De aanleiding voor de grondrechtenbeperkingen is gelegen in de gegeven crisissituatie. Ondanks het feit dat deze langer gaat duren, dient met het oog daarop sprake te zijn van tijdelijke wetgeving. Het gaat immers om zeer vergaande maatregelen die zo snel als mogelijk moeten worden beëindigd. In dat licht bezien verdient het de voorkeur in de wet zelf een beredeneerde vervaldatum op te nemen met een mogelijkheid om deze bij koninklijk besluit te verlengen. Hierbij zou bepaald kunnen worden dat een voorgenomen besluit tot verlenging wordt voorgehangen bij het parlement. Dat garandeert dat het parlement steeds meebeslist of de maatregelen onverkort van kracht moeten blijven, of dat zij kunnen worden afgebouwd of opgeheven. (zie noot 173)

Het tijdelijke karakter van de wet zorgt ervoor dat regering en parlement de noodzaak van de maatregelen en de mogelijkheden tot afbouw regelmatig moeten bezien. Daarbij zijn complexe afwegingen aan de orde. Vanzelfsprekend moeten maatregelen die ingrijpen in grondrechten, zo ligt in de vraagstelling van het voorlichtingsverzoek besloten, zo snel mogelijk worden afgebouwd en mede het oog daarop worden gestreefd naar zo spoedig mogelijke normalisering. Daarbij moet echter steeds de balans worden getroffen met de verplichting van de overheid om zorg te dragen voor de volksgezondheid. Ook moet voorkomen worden dat onder druk van (delen van) de samenleving te snel wordt afgeschaald. Het voortdurend af- en dan weer opschalen van maatregelen leidt immers tot onzekerheid en kan afbreuk doen aan het vertrouwen van burgers in het bestuur en het

handelen daarvan.

De Afdeling realiseert zich hierbij uiteraard dat dit in alle gevallen een lastige afweging zal zijn, gelet op de onbekendheid met het coronavirus. Bij de huidige aanpak wordt voortdurend en met grote betrokkenheid van experts op de verschillende kennisgebieden die nodig zijn, bezien of de maatregelen nog nodig zijn en of (gefaseerde) afbouw mogelijk is. Dat biedt in dit licht, ook onder het regime van de toekomstige tijdelijke wet, belangrijke waarborgen die nodig zijn om adequaat te handelen.

4. Op welke manier kan zo goed mogelijk democratische controle worden uitgeoefend?

Zoals hiervoor uiteengezet (zie punt 10b) wordt de democratische controle in crisistijd mede beïnvloed door de bijzondere omstandigheden waarin een overheid snel en effectief moet handelen. Vanwege de spoed waarmee bepaalde keuzes gemaakt moeten worden kan de controle door volksvertegenwoordigingen onder druk komen te staan. Dit betekent dat betrokkenheid vooraf in veel gevallen moeilijk te realiseren zal zijn. Daardoor komt er meer accent te liggen op het afleggen van verantwoording door het bestuur achteraf. Tegelijkertijd is juist in situaties waarin de overheid voor burgers ingrijpende besluiten moet nemen, democratische controle essentieel.

De wijze waarop democratische controle vorm kan krijgen hangt af van de bestuurlijke constructie waarin de crisis wordt bestreden. Dit kan op verschillende niveaus plaatsvinden. De Wet op de veiligheidsregio's gaat uit van controle op het niveau van de gemeenten, dan wel de regio achteraf. In de huidige situatie worden belangrijke bevoegdheden uitgeoefend door de voorzitter van de veiligheidsregio's. Dit geschiedt na raadpleging van de burgemeesters van de gemeenten die betrokken zijn of dreigen te worden bij de ramp of crisis, tenzij de vereiste spoed zich daartegen verzet. (zie noot 174) In dat proces is de democratische controle zeer beperkt. De voorzitter van de veiligheidsregio en de betrokken burgemeesters geven achteraf uitleg aan de gemeenteraden in die regio's. (zie noot 175) Denkbaar in deze constructie is om de lokale verantwoording, zij het beperkt en binnen zekere grenzen, ook tussentijds vorm te geven. Vooral daar waar veiligheidsregio's in hun noodverordeningen eigen aanvullende maatregelen hebben getroffen, zoals hierboven genoemd, is dit wenselijk. Dat laat onverlet dat op het niveau van de veiligheidsregio's de democratische controle feitelijk bijna afwezig is.

Gelet op het landelijke karakter van deze crisis ligt echter het zwaartepunt van de bestrijding daarvan bij de centrale overheid. De noodverordeningen van de 25 regio's zijn grotendeels gelijklopend en gebaseerd op de aanwijzingen van de Minister van VWS. Vanuit dit gezichtspunt is een belangrijke rol weggelegd voor de controle door de Tweede en Eerste Kamer. In de praktijk van de eerste weken van de crisis heeft de regering ook wekelijks verantwoording afgelegd over de genomen en de nog te nemen besluiten. Het parlement is steeds geïnformeerd over die besluiten en heeft daarover regelmatig debat gevoerd. In dat kader zijn ook moties aangenomen ter bijsturing van het beleid. (zie noot 176)

Niettemin is het mede met het oog op de bescherming van rechten van burgers opvallend dat de op grond van artikel 7, eerste lid, van de Wpg gegeven aanwijzingen van de Minister van VWS niet aan het parlement zijn gestuurd of op andere wijze actief openbaar zijn gemaakt. (zie noot 177) Omdat de doorvertaling van de ministeriële aanwijzingen gebeurd is door middel van regionaal vastgestelde verordeningen en deze als zodanig niet zijn besproken in de Tweede Kamer, is de democratische controle op dit punt in zekere zin tussen wal en schip geraakt.

De centralisatie van een in beginsel regionaal stelsel, zonder een evenredige opschaling van

de democratische controle is in een acute crisissituatie verklaarbaar en de eerste periode ook verdedigbaar. De regering diende zeker in de eerste, acute fase van de crisis de ruimte te hebben om naar bevind van zaken te handelen. Naarmate echter de situatie langer voortduurt, is een gebrek aan parlementaire betrokkenheid steeds minder aanvaardbaar. Dat geldt te meer als het gaat om grondrechten van burgers. Bij de beperking daarvan legt de Grondwet expliciet het primaat bij de wetgever. Ook vanuit democratisch perspectief is de totstandkoming van wetgeving daarom positief.

In de tijdelijke wet zal de democratische controle op de toepassing van de daarin vast te leggen maatregelen op lokaal niveau opnieuw moeten worden gezien. Daarbij is de vraag aan de orde of teruggekeerd moet worden naar de normale bestuurlijke verhoudingen of dat de tot dusverre toegepaste regionale structuur nog steeds aangewezen is. Daarbij is een bestuurlijk dilemma aan de orde. Enerzijds ligt het uit een oogpunt van democratische controle voor de hand dat de controle op het niveau van de gemeenten via de reguliere structuren van de Gemeentewet plaatsvindt. Anderzijds moet ook worden gezorgd voor een bestuurlijk stelsel dat de slagkracht van de overheid die voor de crisis ook de komende periode noodzakelijk blijft, waarborgt.

12. Afsluiting

In deze voorlichting is ingegaan op de vraag hoe tijdens de huidige crisis omgegaan is met de grondrechten gebruik makend van de bestaande kaders. Het gaat hier zoals gezegd om een situatie die zich in het recente verleden niet eerder in deze omvang in Nederland heeft voorgedaan en waar de overheid van te voren daarom moeilijk op heeft kunnen inspelen. De aanpak van deze crisis doet niettemin de vraag rijzen of het wettelijk kader omtrent crisisbeheersing voldoende op orde is.

De ervaringen van de afgelopen weken lijken erop te wijzen dat er, zeker in geval van een gezondheids crisis als de coronacrisis, geen duidelijk kader ligt voor de keuze tussen de verschillende toepasbare stelsels. In het bijzonder is de plaats van het op grond van artikel 103 van de Grondwet gebaseerde staatsnoodrecht daarin onduidelijk. Dit leidt tot vragen met betrekking tot de legitimiteit van bepaalde inbreuken op grondrechten. Dat is ongewenst. Het feit dat het objectieve staatsnoodrecht niet is toegepast roept daarnaast de vraag op naar de geschiktheid ervan in omstandigheden zoals nu aan de orde. Ook de verhouding tussen de verschillende bestuurslagen en de betrokkenheid van op die niveaus functionerende volksvertegenwoordigingen verdient nadrukkelijk aandacht. Dit leidt ertoe dat het noodzakelijk zal zijn om grondig te analyseren of en op welke punten voor eventuele toekomstige gevallen moet worden voorzien in andere wettelijke grondslagen. Daarbij past ook de noodzaak om het objectief staatsnoodrecht te bezien. Het kabinet heeft al eerder aangekondigd dat zij punten ziet waarop dit verbeterd kan worden. De lessen uit de huidige crisis zouden bij een dergelijke modernisering moeten worden betrokken. (zie noot 178)

Een grondige evaluatie na afloop van de crisis is ook uit een oogpunt van wetgeving en bestuur op zijn plaats. Daarbij is essentieel dat de evaluatie gericht is op het verkrijgen van inzicht in leer- en verbeterpunten en niet op een achteraf afrekenen van het bestuur dat onder hoge tijdsdruk complexe keuzes moest maken in een unieke situatie die oor niemand, ook niet door de wetgever, waren voorzien.

De vice-president van de Raad van State

Voetnoten

- (1) Debat van 8 april 2020, Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 234.
- (2) Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 312, p. 2.
- (3) Het gaat hierbij met name om de bescherming van de gezondheid zoals deze onder meer is erkend in de artikelen 22 van de Grondwet, artikel 35 van het EU-Handvest en artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest. Overigens worden sociale grondrechten ook en soms in juridische zin sterker beschermd via de aan klassieke grondrechten inherente positieve verplichtingen. Zie hierna punt 5c.
- (4) Deze modelnoodverordening bevat namelijk de meest ruime catalogus van mogelijk beperkende maatregelen en biedt het beste beeld om de door de Kamer gestelde vragen te beantwoorden. Zie punt 9 hierna.
- (5) Zie ook J. van Schooten-van der Meer, 'Artikel 103', in: A.K. Koekkoek, De Grondwet, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, aant. 1 en C.A.J.M. Kortmann e.a., Constitutioneel recht, Deventer: Kluwer 2016, p. 186 e.v.
- (6) Deze zijn gebaseerd op artikel 103 van de Grondwet. De tweede categorie is gebaseerd op de regels die zijn gebaseerd op artikel 103 van de Grondwet.
- (7) Voor een kritische beschouwing H.R.B.M. Kummeling, Recht in nood, Preadvies NJV 2014, Deventer: Kluwer 2014, p. 263-299 en recent A.F. Vink, 'Het Nederlandse staatsnoodrecht. Wat te doen met de EHBO-trommel die niet op orde is?', NJB 2020, p. 1308-1316. Zie eerder T. Koopmans, 'Gelegenheidsnoodrecht', RM Themis 1973, p. 527-529.
- (8) Artikel 103, eerste lid, van de Grondwet.
- (9) Artikel 1 van de Cwu.
- (10) Artikel 103, derde lid, van de Grondwet; artikel 3 van de Cwu.
- (11) Artikelen 7 en 8 van de Cwu.
- (12) Kamerstukken II 1993/94, 23790, nr. 3, p. 2.
- (13) Artikel 103, tweede lid, van de Grondwet.
- (14) Kamerstukken II 1993/94, 23790, nr. 3, p. 5-7. Zie ook Kamerstukken II 2017/18, 29668 en 26956, nr. 48.
- (15) Kamerstukken II 1986/87, 20028, nr. 2, p. 14. Zie ook E.T. Brainich von Brainich Felth, Staatsnoodrecht, Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 315.
- (16) Zoals hiervoor opgemerkt geldt daarbij een onderscheid tussen de beperkte en de algemene noodtoestand. Bij een algemene noodtoestand mogen bepaalde grondrechtsbeperkingen zo nodig in afwijking van de Grondwet plaatsvinden, bij een beperkte noodtoestand moeten zij daarentegen altijd met de Grondwet (en de daarin vastgelegde beperkingsclausules) in overeenstemming zijn.
- (17) Artikelen 8 en 9, eerste lid, van de Wbbbg.
- (18) Artikel 1, eerste lid, van de Wbbbg.
- (19) Artikel 11 van de Wbbbg.
- (20) Zie hierover Kamerstukken II 1945/46, 123, nr. 3; Handelingen II 1945/46, p. 171-, 178, 181-184, 190-191 en 217-245, en HR 30 oktober 1946, ECLI:NL:HR:1946:87, NJ 1946, 737 (Londense wetsbesluiten).
- (21) Zie over het begrip 'veiligheid': E.T. Brainich von Brainich Felth, a.w., p. 82 e.v. Hieronder wordt van oudsher de uitwendige, inwendige en algemene (of openbare) veiligheid onderscheiden.
- (22) E.T. Brainich von Brainich Felth, a.w., p. 72 e.v.
- (23) Kamerstukken II 1979/80, 15681, nr. 3, p. 4. Zie ook C.A.J.M. Kortmann e.a., Constitutioneel recht, Deventer: Kluwer 2016, p. 187.
- (24) Kamerstukken II 2019/20, 35300-III, nr. 4, p. 4.
- (25) Een vergelijkbare bepaling staat ook in artikel 346, eerste lid, onder b, van het VWEU.
- (26) Artikel 2 van het EVRM.
- (27) Artikel 3 van het EVRM.

- (28) Artikel 4, eerste lid, van het EVRM.
- (29) Artikel 7 van het EVRM, zie ook artikel 15, tweede lid, van het EVRM. Zie ook J.P. Loof, 'Noodtoestanden in het Nederlandse publiekrecht', in: Preadviezen 2016. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom 2016, p. 122-126.
- (30) Artikel 15, eerste lid, van het EVRM.
- (31) Artikel 15, derde lid, van het EVRM.
- (32) A.C. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona', NJB 2020, afl. 14, p. 880-955. Het gaat in ieder geval om Letland, Roemenië, Moldavië, Estland, Armenië en Georgië.
- (33) Kamerstukken II 2017/18, 29668, nr. 48, p. 3-4.
- (34) Regeling 2019-nCoV, Stcrt. 2020, 6800 (berustend op artikel 20 van de Wpg).
- (35) Artikel 6, tweede en vierde lid, van de Wpg.
- (36) Artikel 7, eerste lid, van de Wpg.
- (37) Artikel 7, vierde lid, van de Wpg.
- (38) Artikel 44, eerste lid, van de Wvvr. Verondersteld wordt dat sprake is van een ramp in de zin van artikel 1 van de Wvvr: een zwaar ongeval of een andere gebeurtenis waarbij het leven en de gezondheid van veel personen, het milieu of grote materiële belangen in ernstige mate zijn geschaad of worden bedreigd en waarbij een gecoördineerde inzet van diensten of organisaties van verschillende disciplines is vereist om de dreiging weg te nemen of de schadelijke gevolgen te beperken. Bij een crisis in de zin van de Wvvr dient de Minister van J en V enkel terstond geïnformeerd te worden (artikel 44, tweede lid, van de Wvvr).
- (39) Artikel 7, vijfde lid, van de Wpg.
- (40) Kamerstukken II 2007/08, 31316, nr. 3, p. 36.
- (41) Artikelen 31, 35 en 38 van de Wpg.
- (42) Artikel 47 van de Wpg.
- (43) Bijlage bij artikel 8 van de Wvvr.
- (44) Artikel 10 van de Wvvr. Daarin worden ook diverse andere taken en bevoegdheden opgesomd.
- (45) Stcrt. 2016, 48258. Zie ook de brief van de Minister van J en V van 15 september 2016 (Kamerstukken II 2015/16, 30821, nr. 32, p. 2-3).
- (46) Op grond van artikel 39, eerste lid, van de Wvvr.
- (47) Ingevolge artikel 39, eerste lid en onder b, van de Wvvr zijn artikel 176, derde tot en met zesde lid, van de Gemeentewet uitgezonderd.
- (48) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nrs. 1-5, p. 10.
- (49) Zoals blijkt uit bijvoorbeeld het bekende arrest HR 31 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9553, NJ 1987/173 m.nt. Van Veen (valt een seksclub die zich presenteert als onderdeel van de Kerk van Satan onder de vrijheid van godsdienst?) of uit HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7262, NJ 2005/255 m.nt. Buruma (is het gooien van een verfbommetje tegen de gouden koets een vorm van meningsuiting?)
- (50) M.C.B. Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 129.
- (51) ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448, AB 2011/333 m.nt. Brouwer & Schilder, Gst. 2012/4 m.nt. Efthymiou, JB 2011/192 m.nt. Broeksteeg. Hierbij geldt dat in een concreet geval tevens moet worden gezien of de uitwerking van het voorschrift niet tóch neerkomt op de beperking van het grondrecht (redelijke toepassing). Er moet gebruik van enige betekenis overblijven.
- (52) Zie ABRvS 25 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AA9914 en ook Kamerstukken I 1985/86, 19427, nr. 3, p. 6.
- (53) C.A.J.M. Kortmann e.a., Constitutioneel recht, Deventer: Kluwer 2016, p. 382; HR 11

- februari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9223, NJ 1986, 673 m.nt. Van Veen.
- (54) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 16.
- (55) M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971, p. 2.
- (56) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 22; Kamerstukken I 1976/77, 13872/13873, nr. 55b, p. 25-26.
- (57) Vgl. bijvoorbeeld artikel 6 en 7 eerste lid, of artikel 8 van de Grondwet: omdat hierin géén delegatieterm is opgenomen, mag de formele wetgever zijn bevoegdheid om beperkingen aan te brengen níet aan lagere wetgevers overdragen.
- (58) In de toelichting wordt als voorbeeld genoemd de situatie waarin de formele wetgever godsdienstige bijeenkomsten aan vergunning zou willen verbinden. Omdat het toepasselijke grondwetsartikel géén delegatieterm bevat, moet de formele wet waarin dit zou worden geregeld, nauwkeurig aangeven in welke gevallen de vergunning moet worden verleend of geweigerd. Zou dat níet gebeuren en de afweging daaromtrent worden overgelaten aan het bestuursorgaan dat de vergunning verleent, dan is sprake van verboden delegatie.
- (59) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 22.
- (60) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 23. (61) Kamerstukken II 1976/77, 13872, nr. 7, p. 33. Uit jurisprudentie van ver vóór de grondwetswijziging van 1983 kan reeds worden afgeleid dat beperking van een grondrecht - in dit geval de vrijheid om gedachten en gevoelens door de drukpers te openbaren - niet zó ver mag gaan dat geen 'gebruik van enige betekenis' meer overblijft. HR 17 maart 1953, ECLI:NL:HR:1953:AG1989, NJ 1953/389 m.nt. Röling.
- (62) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 7, p. 14. Zie ook Rb. Roermond 3 januari 1995, ECLI:NL:RBROE:1995:AN4131, AB 1995/168, Gst. 1995-7006/6 m.nt. Hennekens; ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164, AB 1996/204 m.nt. Rogier, Gst. 1995-7019/5 m.nt. Hennekens. Als gevolg van deze uitspraak is artikel 174a aan de Gemeentewet toegevoegd.
- (63) Overigens heeft de rechter in enkele gevallen (zeer) open normen als beperkende (formele) wet aanvaard. Zowel artikel 6:162 BW als artikel 125a van de Ambtenarenwet (oud) zijn in dit verband als grondslag voor de beperking van grondwettelijke grondrechten geaccepteerd; HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, NJ 1994/347 m.nt. Alkema (Verplichte aidstest); HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, AB 2004/93 m.nt. Zwart (Aidstest II), HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928 m.nt. Alkema. Het betreft hier echter bijzondere situaties, namelijk de beperking van grondrechten in horizontale relaties en in de bijzondere rechtsverhouding tussen overheid en ambtenaren. De hoofdregel van specificiteit van de beperkingsgrondslag wordt daardoor niet aangetast.
- (64) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 21-22 en nr. 4, p. 59 & 77-80
- (65) D.E. Bunschoten, T&C Grondwet en Statuut, commentaar op hoofdstuk 1 van de Grondwet, aant. 1.
- (66) Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet.
- (67) Handelingen II 15 december 1976, 13872 en 13873, p. 2122 (De Gaay Fortman); Vgl. R. de Lange, 'Algemene leerstukken van grondrechten', in: D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, Van der Pot. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 293.
- (68) Kamerstukken II 1982/83, 17450, nr. 5, p. 4.
- (69) Kamerstukken II 1985/86, 19376, nr. 2, p. 5; D.E. Bunschoten, T&C Grondwet en Statuut, commentaar op artikel 19 van de Grondwet, aant. 4. Het gaat dan om voorschriften met betrekking tot beroepsuitoefening. Voor zover die tevens inbreuk maken op de vrijheid van arbeidskeuze zélf, moeten zij in beginsel wel tot een specifieke, formele wet herleidbaar zijn. Zie verder ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4278, AB 2015/75 m.nt. H.E.

Bröring, r.o. 7.2.

(70) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15-16. Zie ook noot 63 en uitgebreid R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 2013.

(71) Artikel 52, derde lid, van het EU-Handvest.

(72) Artikel 51, eerste lid, van het EU-Handvest. Zie ook de toelichting bij het Handvest. C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 410. Zie ook HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (Åkerberg Fransson), par. 16-31.

(73) EHRM 1 juli 1961, ECLI:CE:ECHR:1961:0701JUD000033257 (Lawless/Ierland). Voor de uitleg van EVRM-bepalingen zijn de travaux préparatoires nauwelijks van betekenis. R.A. Lawson, 'Adieu les travaux! Het afgenomen belang van de travaux préparatoires voor de uitleg van het EVRM', NJCM-bulletin 1996-21-1, p. 61-74.

(74) EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (Sunday Times/VK), NJ 1980/146 m.nt. Alkema, par. 47.

(75) J.H. Gerards, *EVRM - algemene beginselen*, Den Haag: Sdu-uitgevers 2011, p. 112.

(76) J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM deel 1: Algemene beginselen*, Intersentia: Antwerpen 2005, p. 128. Zie ook J.H. Gerards, *EVRM - algemene beginselen*, Den Haag: Sdu-uitgevers 2011, p. 119.

(77) EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (Sunday Times/VK), par. 49: 'Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.' Deze jurisprudentie-lijn is in latere arresten doorgetrokken en verder verfijnd.

(78) J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM deel 1: Algemene beginselen*, Intersentia: Antwerpen 2005, p. 136.

(79) Y. Arai, 'The system of restrictions', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 340.

(80) De tweede leden van de artikelen 8-11 van het EVRM (de klassieke vrijheden) respectievelijk de artikelen 1 en 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM (eigendomsrecht en onderwijsvrijheid) en artikel 2 van Vierde Protocol bij het EVRM (bewegingsvrijheid).

(81) EHRM 4 januari 2008 (ontv.), ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006 (Shelley/VK): "Matters of health care policy, in particular as regards general preventive measures, are in principle within the margin of appreciation of domestic authorities who are best placed to assess priorities, use of resources and social needs".

(82) Artikel 52, eerste lid, van het EU-Handvest.

(83) Artikelen 7 en 8 van het EU-Handvest.

(84) Positieve verplichtingen kunnen ook uit het EU-Handvest worden afgeleid, maar doen zich in beperkte omstandigheden voor. Het Handvest is immers alleen van toepassing als het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht en de Unie heeft een beperkte bevoegdheid om maatregelen te treffen op het terrein van grondrechten. Zie ook M.P. Beijer, 'De doorwerking van positieve verplichtingen bij de bescherming van fundamentele rechten in het EU-recht: een conflict met de begrensde bevoegdheden van de EU?', NTM/NJCM-bulletin 2016/14.

(85) Bij dreigende aantasting van een onder artikel 8 EVRM beschermd belang is vereist dat

- bij concrete intreding ervan het 'minimum level of severity' zal worden overschreden. Vgl. EHRM 30 november 2004 (Öneryildiz/Turkije), nr. 48939/99; EHRM 20 maart 2008, (Budayeva/Rusland), nrs. 15339/02, 21166/02, 20058/02; EHRM 28 februari 2012, (Kolyadenko e.a./Rusland), nrs. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05).
- (86) O.a. EHRM 28 oktober 1998 (Osman/VK), nr. 097/98, NJ 2000/134 m.nt. Alkema; EHRM 30 november 2004, (Öneryildiz/Turkije), nr. 48939/99, NJ 2005/210 m.nt. Alkema.
- (87) Vgl. M.C.B. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 141.
- (88) Artikel 120 van de Grondwet.
- (89) Kamerstukken II 1979/80, 16162, nr. 3, p. 20. Uit het Harmonisatiewet-arrest volgt dat het toetsingsverbod zich tevens uitstrekt tot het Statuut en ongeschreven, fundamentele rechtsbeginselen; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 m.nt. Scheltema.
- (90) Op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet (EVRM) of vanwege het supranationale karakter van het EU-recht (EU-Handvest).
- (91) De Afdeling heeft hier al eerder op gewezen. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2009/10, 31571, nr. 4.
- (92) Artikel 175, eerste lid, van de Gemeentewet luidt: "In geval van oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is de burgemeester bevoegd alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken." Artikel 176, eerste lid, van de Gemeentewet luidt: "Wanneer een omstandigheid als bedoeld in artikel 175, eerste lid, zich voordoet, kan de burgemeester algemeen verbindende voorschriften geven die ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig zijn. Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken. Hij maakt deze voorschriften bekend op een door hem te bepalen wijze."
- (93) Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 7, p. 14. Daar is opgemerkt dat artikel 168 Gemw. (oud) te algemeen is om als grondslag te dienen. Dit geldt ook voor art. 176 (art. 220 oud) Gemw.
- (94) Artikel 6, tweede lid, van de Grondwet.
- (95) Artikel 7, derde lid, van de Grondwet.
- (96) Artikel 9, tweede lid, van de Grondwet.
- (97) M.A.D.W. de Jong, 'Noodbevel en noodverordening', in: A.E.M. van den Berg e.a. (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi 2015, p. 116, met verwijzing naar Kamerstukken II 1985/86, 19403, nr. 3, p. 150-152; nr. 10, p. 90-92 en 96-101; Handelingen I 11 februari 1992, 19403, nr. 17, p. 566-567, 581-582, 588.
- (98) Artikel 10 van de Grondwet.
- (99) Bijv. M.A.D.W. de Jong 2015 a.w., p. 117.
- (100) M.C.B. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 129.
- (101) J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Nood breekt wet, ook de Grondwet?', in: E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht*, Den Haag: Boom 2001, p. 265.
- (102) Vgl. A.J. Wierenga e.a., *Naar handhaafbare noodbevelen en noodverordeningen. Een analyse van het gemeentelijke noodrecht*, Politiekunde 84, Amsterdam: Reed Business 2016, p. 45; M.A.D.W. de Jong wijst op deze verschuiving in interpretatie in 'Artikel 175', T&C GPW, aant. 1c en haalt daarbij o.a. Rb. Gelderland 8 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:479 aan.
- (103) EHRM 4 juni 2002 (Landvreugd t. Nederland), nr. 37331/97, AB 2003/19 m.nt. Brouwer

- en Schilder, Gst. 2003/39 m.nt. Bunschoten.
- (104) Regeling tijdelijk verbod burgerluchtverkeer luchtruim Negerland in verband met het virus dat de ziekte COVID-19 veroorzaakt (Stort. 2020, 16268). De lijst hoog-risicolanden in de regeling is nadien meermalen aangepast.
- (105) Artikel 151e-151i van het Wetboek van Strafvordering.
- (106) Artikel 33 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (Stb. 2020, 124); Besluit van 22 april 2020, houdende wijziging van het Besluit bloedtest in strafzaken in geval van een ernstige besmettelijke ziekte (Stb. 2020, 125).
- (107) Artikel 2, eerste lid, van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (Stb. 2020, 124).
- (108) Artikel 3 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (Stb. 2020, 124).
- (109) Artikel 2 van het Vierde Protocol EVRM en artikel 45 van het EU-Handvest.
- (110) Artikel 11 van de Grondwet, artikel 8 van het EVRM en artikel 3 van het EU-Handvest.
- (111) Artikel 121 van de Grondwet en artikel 6 van het EVRM.
- (112) Artikel 5.10, eerste lid, onderdeel a, van de Wet luchtvaart.
- (113) Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (Stb. 2020, 124).
- (114) Zie ook de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State, Kamerstukken II 2007/08, 31241, nrs. 3 & 4; Kamerstukken II 2019/20, 35434, nrs. 3 & 4. De bevoegdheid om een tijdelijk verbod burgerluchtverkeer in te stellen is een implementatie van artikel 9 van het Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart (Kamerstukken II 1990/91, 21993, nr. 3, p. 19).
- (115) Vastgesteld op grond van artikel 39 van de Wet veiligheidsregio's jo. artikel 176 jo. artikel 175 van de Gemeentewet.
- (116) Op grond van artikel 7 van de Wpg.
- (117) De drie Noord-Brabantse regio's waren al eerder opgeschaald, op 12 maart volgden de overige 22.
- (118) Zie bijvoorbeeld artikel 2.5a van de Noodverordening van de voorzitter van de veiligheidsregio Zeeland houdende voorschriften ter voorkoming van verdere verspreiding van het coronavirus/COVID-19 (Noodverordening COVID-19 veiligheidsregio Zeeland 29 april 2020) (Bgr. 2020, 454) en artikel 2.5b van de Noodverordening van de voorzitter van Veiligheidsregio Noord-Holland Noord houdende voorschriften ter voorkoming van verdere verspreiding van het coronavirus/COVID-19 (Noodverordening COVID-19 veiligheidsregio Noord-Holland Noord 30 april 2020) (Gmb. 2020, 116347).
- (119) Artikel 2.1, tweede lid en onder a van de Noodverordening COVID-19 veiligheidsregio Haaglanden 29 april 2020.
- (120) Artikel 2.5 van de Modelnoodverordening.
- (121) Artikel 3.1, eerste lid en onder c van de Modelnoodverordening.
- (122) Artikel 2.1, eerste lid en derde lid van de Modelnoodverordening.
- (123) Artikel 2.1, tweede lid, onder a, b, c en d van de Modelnoodverordening.
- (124) Artikel 2.2, eerste lid van de Modelnoodverordening.
- (125) Artikel 2.2, tweede lid, onder a van de Modelnoodverordening.
- (126) Artikel 2.3 van de Modelnoodverordening.
- (127) Artikel 2.4, eerste lid van de Modelnoodverordening. Dit verbod is ingevolge het tweede lid niet van toepassing op zorgverleners die hun beroep uitoefenen, mits voor deze uitoefening een individuele medische indicatie bestaat.
- (128) Artikel 2.5 van de Modelverordening.
- (129) Artikel 2.7, eerste lid van de Modelnoodverordening. Het tweede lid noemt hierop vijf uitzonderingen. Zie ook artikel 5.4 van de Modelnoodverordening.
- (130) Artikel 2.9 van de Modelnoodverordening.

- (131) Het andere hoofdbestanddeel betreft de grondrechten. Deze komen uitvoerig aan bod bij de beantwoording van de vragen 1 en 2.
- (132) Zie Noodverordening Coronavirus Veiligheidsregio Brabant-Zuidoost maart 2020 (Bgr. 2020, 237).
- (133) Op basis van artikel 7, eerste lid, van de Wpg.
- (134) Hierbij valt onder meer te denken aan een beperking van de vrijheid van vereniging (als grotere bijeenkomsten voorlopig nog niet worden toegestaan), een beperking van de vrijheid van godsdienst en mogelijke beperkingen van de vrijheid om te demonstreren. Ook het recht op privacy kan in het geding zijn, afhankelijk van de gekozen maatregelen.
- (135) Zie ook de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.
- (136) Zie ook de Gezamenlijke verklaring Hoge Colleges van Staat: democratisch proces gaat door, 6 april 2020, o.a. op <https://www.raadvanstate.nl> en de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 16 april 2020 aan de voorzitter van de Eerste Kamer over de mogelijkheid om in tijden van de corona-crisis digitaal te vergaderen en te besluiten (W04.20.0102/I/Vo), Kamerstukken I 2019/20, CXXXIX, E.
- (137) Artikel 103, derde lid, van de Grondwet. Zie ook artikel 3 van de Cwu.
- (138) Artikel 2 van de Cwu.
- (139) Zie bijvoorbeeld artikel 1 van de Wbbbg.
- (140) Artikel 40, eerste lid, van de Wvr.
- (141) Artikel 40, derde lid, van de Wvr.
- (142) Kamerstukken II 2006/07, 31117, nr. 3, p. 45.
- (143) Kamerstukken II 2006/07, 31117, nr. 3, p. 45.
- (144) Op grond van artikel 7, eerste lid, van de Wpg; Kamerstukken II 2008/09, 31968, nr. 3, p. 16.
- (145) Kamerstukken II 2007/08, 31316, nr. 3, p. 28.
- (146) Met dien verstande dat noodrechtelijke bepalingen ook slechts voor een gedeelte van Nederland in werking kunnen worden gesteld; artikelen 7 en 8 Cwu.
- (147) Artikel 103, tweede lid, van de Grondwet.
- (148) Deze zijn steeds bekendgemaakt in het publicatieblad van de betreffende veiligheidsregio en veelal ook in de gemeentebladen van de daarin deelnemende gemeenten. De modelnoodverordeningen zijn steeds gepubliceerd op veiligheidsberaad.nl/covid-19.
- (149) Deze rechtspraak laat relatief veel ruimte, vgl. het hiervoor reeds aangehaalde EHRM 26 april 1979 (Sunday Times t. VK), nr. 6538/74, par. 49: 'Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct. [...] whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.' Vgl. ook EHRM 4 juni 2002 (Landvreugd t. Nederland), nr. 37331/97, AB 2003/19 m.nt. Brouwer en Schilder, Gst. 2003/39 m.nt. Bunschoten. Zie hiervoor punt 5b.
- (150) Zie hierna ook onder c.
- (151) De tweede leden van de artikelen 8-11 EVRM (de klassieke vrijheden) respectievelijk artikel 2 Protocol 4 EVRM (bewegingsvrijheid). De artikelen 1 en 2 Eerste Protocol EVRM (eigendomsrecht en onderwijsvrijheid) bevatten geen specifieke doelcriteria.
- (152) Het EU-Handvest kent ook een specifieke grondrechtelijke bepaling omtrent de gezondheidszorg. Volgens artikel 35 heeft een ieder recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging onder de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. Ook de vaste rechtspraak van het HvJEU erkent de bescherming van

de volksgezondheid als een van de in het Unierecht erkende dwingende redenen van algemeen belang, zie bijvoorbeeld HvJ EU, 8 mei 2019, C-230/18, PI/Landespolizeidirektion Tirol, ECLI:EU:C:2019:383, punt 71.

(153) EComRM 12 juli 1978 (ontv.) (Association X./ het VK), nr. 7154/75, ECLI:CE:ECHR:1978:0712DEC000715475. Zie hiernaast ook EHRM 4 januari 2008 (ontv.) (Shelley/VK), nr. 23800/06, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006, waarin met betrekking tot artikel 8 van het EVRM werd overwogen "(...) it is not excluded that a positive obligation might arise to eradicate or prevent the spread of a particular disease or infection (...)." Verder O.a. EHRM 30 november 2004 (Öneryildiz/Turkije), nr. 48939/99; EHRM 28 februari 2012, (Kolyadenko e.a./Rusland), nrs. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05.

(154) Ook bevatten verschillende internationale en Europese verdragen plichten voor de staat om maatregelen te treffen ter bescherming van het welzijn en de gezondheid van het kind en de mens, waaronder het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK), het Internationaal verdrag inzake sociale, economische en culturele rechten (IVESCR) en het Europees Sociaal Handvest (ESH). Hieronder vallen ook maatregelen ter voorkoming van epidemische, endemische en andere ziekten. Zie artikel 3 en artikel 24 IVRK, artikel 12 IVESCR, artikel 11 ESH.

(155) EHRM 4 januari 2008 (ontv.), ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002380006 (Shelley/VK), nr. : "Matters of health care policy, in particular as regards general preventive measures, are in principle within the margin of appreciation of domestic authorities who are best placed to assess priorities, use of resources and social needs." Of het HvJEU ook een zodanige ruime beleidsvrijheid aan de staten laat, is minder zeker. Vooralsnog is er geen reden om aan te nemen dat dat niet het geval is.

(156) Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

(157) Artikel 16 van het EU-Handvest.

(158) De vraag of per geval de minst vergaande maatregelen zijn genomen hangt samen met de in punt 5b besproken vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Die beoordeling is verweven met afwegingen van deels beleidsmatige aard.

(159) Artikel 2 van het Vierde Protocol, bij het EVRM en artikel 45 van het EU-Handvest.

(160) Artikel 19, derde lid, van de Grondwet. Zie hierover ook Kamerstukken II 1985/86, 19376, nr. 2, p. 5, D.E. Bunschoten, T&C Grondwet en Statuut, commentaar op artikel 19 van de Grondwet, aant. 4,

(161) Zie verder punt 4c.

(162) A.J. Wierenga, A.E. Schilder en J.G. Brouwer, 'Aanpak coronacrisis niet houdbaar', NJB 2020, afl. 18, p. 1317.

(163) Artikel 6, tweede lid, van de Grondwet.

(164) Artikel 7, derde lid, van de Grondwet.

(165) Artikel 9, tweede lid, van de Grondwet. Zie over deze relativering Kamerstukken II 1988/89, 19403, nr. 10, p. 90-92, p. 96-101.

(166) Kamerstukken II 1985/86, 19427, nr. 3, p. 10.

(167) ARRvS 30 december 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3571, AB 1994/242, Gst. 1994/6983, nr. 4; ABRvS 21 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2820, Gst. 2020/50, JB 2019/146.

(168) M.A.D.W. de Jong, T&C GPW, commentaar op artikel 174 van de Gemeentewet, aant. 2; ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3174, JB 2014/190, m.nt. J.W.L.

Broeksteeg; B. Roorda en J.G. Brouwer, De vrijheid om te demonstreren in coronatijd, <https://www.openbareorde.nl/tijdschrift/coronacrisis-en-het-recht-deel-11/>. Anders dan bij openbare samenkomsten en vermakelijkheden staat bij betogingen het uiten van een mening centraal. Vgl. Kamerstukken II 1985/86, 19427, nr. 3, p. 8.

(169) Zie de uitwerking in artikel 11, vierde lid, van de Wbbbg.

- (170) Hier kan de parallel getrokken worden met de brandveiligheidsvoorschriften, zie hiervoor punt 4a en in het bijzonder noot 52.
- (171) Zie bijvoorbeeld artikel 174a van de Gemeentewet.
- (172) Kamerstukken II 2019/20, 35300 VI, nr. 124.
- (173) Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 30 maart 2020 inzake de Tijdelijke wet digitale beraadslaging en besluitvorming provincies, gemeenten, waterschappen en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (W04.20.0081/I).
- (174) Artikel 39, vierde lid, van de WvR.
- (175) Zie artikel 40 van de WvR.
- (176) Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2019/20, 25295, nrs. 122, 124, 175 en 199.
- (177) De Eerste Kamer heeft wel op 31 maart 2020 gevraagd om een overzicht van de genomen maatregelen. Dit heeft er (vooralsnog) niet toe geleid dat de aanwijzingen dan wel de noodverordeningen daadwerkelijk aan de Kamer zijn verstrekt. Zie het antwoord van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (ontvangen 18 mei 2020), Aanhangsel Handelingen I 2019/20, nr. 7.
- (178) Kamerstukken II 2017/18, 29668, nr. 48.
Modelnoodverordening COVID-19 bij aanwijzing van 24 april 2020

Brief met verzoek om voorlichting