

Notitie over de grondslag mondkapjesplicht in het voortgezet onderwijs

12 oktober 2020

1. Inleiding

Er wordt een nieuwe aanwijzing aan de voorzitters van de veiligheidsregio's, op grond van art. 7 Wet publieke gezondheid (Wpg), voorbereid. Er wordt over nagedacht in de aanwijzing op te nemen dat in het voortgezet onderwijs (niet-medische) mondkapjes verplicht moeten worden gesteld. In het navolgende ga ik ervan uit dat die plicht zich uitstrekt over allen die zich in de school bevinden, ongeacht leeftijd (dus alle leerlingen en al het personeel). De vraag is of voor een dergelijke aanwijzing een toereikende bevoegdheidsgrondslag bestaat.

In paragrafen 2 en 3 bespreek ik binnen welke randvoorwaarden de grondslag in de Gemeentewet voor de noodverordening toereikend is. In paragraaf 4 geef ik aan waarom de sectorale onderwijswetgeving géén toereikende grondslag biedt. In paragraaf 5 ga ik in op de Tijdelijke wet maatregelen Covid-19 (Twm Covid-19). In paragraaf 6 volgt een korte samenvatting.

2. Wettelijk kader noodverordeningen

De grondslag voor de corona-maatregelen wordt thans gevonden in art. 176 jo art. 175 lid 1 Gemeentewet.

Art. 175 lid 1 Gemeentewet: 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.

Art. 176 lid 1 Gemeentewet: 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.

Ingeval van bovenlokale rampen gaat deze bevoegdheid van de burgemeester over naar de voorzitter van de veiligheidsregio. Gaat het om bestrijding van een epidemie van een infectieziekte behorend tot groep A (waaronder dus corona), dan is de minister van VWS bevoegd tot het geven van aanwijzingen, zoals eerder genoemd. Zie art. 7 lid 1 jo. art. 6 lid 4 Wpg.

3. Voldoende grondslag?

De bevoegdheid van art. 176 Gemeentewet kan slechts worden gebruikt als sprake is van een ramp, dan wel als sprake is van ernstige vrees bestaat voor het ontstaan daarvan.¹ In het navolgende ga ik ervan uit dat de corona-epidemie zich als zodanig kwalificeert. Zodoende mogen algemeen verbindende voorschriften die nodig zijn ter beperking van gevaar bij noodverordening worden gesteld. Er mag echter niet worden afgeweken van de Grondwet.

Op basis van deze grondslag zijn mondkapjes verplicht gesteld in het openbaar vervoer.

Bij het verplichten van een mondkapje op een school, zijn echter kanttekeningen te plaatsen (die trouwens deels ook voor het ov gelden).

3.1 Strijd met Grondwet – vereiste van specifieke grondslag

Zoals aangegeven mag een voorschrift in een noodverordening niet in strijd komen met de Grondwet. Een mondkapjesplicht op een vo-school maakt inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet, ook verankerd in art. 8 EVRM). Ook maakt dit

¹ T&C bij art. 175 Gemeentewet stelt: Blijkens de praktijk en de jurisprudentie kan het om uiteenlopende situaties gaan: evenementen, (dreigende) grote ongeregelde rond rivaliserende supportergroepen, demonstraties, vergaderingen of motorbendes, rampen, uitbraken van besmettelijke ziektes (coronavirus, mond- en klauwzeer), personen die onmiddellijk gevaar veroorzaken of bijzondere bescherming nodig hebben zoals bepaalde buitenlandse regeringsleiders (zie bijvoorbeeld de nucleaire wereldtop in Den Haag in 2014), maar ook liquidatiedoelwitten in de meer criminele sfeer.

inbreuk op de vrijheid van onderwijs (art. 23 lid 2 Grondwet), aangezien een dergelijk voorschrift consequenties heeft voor de organisatie van het onderwijs en voor de wijze waarop docenten onderwijs kunnen geven.

In de literatuur is betoogd dat een mondkapjesplicht niet op art. 176 Gemeentewet kan worden gebaseerd, omdat die grondslag niet specifiek genoeg is, terwijl art. 10 Grondwet wel een dergelijke grondslag verlangt.²

In zijn Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen³ merkt de Raad van State over deze problematiek op:

Gelet op het voorgaande [doordat in de wetsgeschiedenis en literatuur men genuanceerder is gaan denken en de overheid ook positieve verplichtingen heeft om bijvoorbeeld het recht op leven te beschermen] 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. Daarbij 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.

In kort geding-uitspraken, waarin door eisers soortgelijke standpunten zijn ingenomen, zijn rechters nog niet zo ver willen gaan om op basis hiervan de onverbindendheid van (delen van) de noodverordening te willen uitspreken. Zij lijken hierdoor te worden geleid door het feit dat zij slechts in kort geding rechtspreken (waarbij de rechter alleen kan ingrijpen als sprake is van onmiskenbare onverbindendheid) en door het feit dat de inbreuk slechts tijdelijk is in combinatie met de in het vooruitzicht gestelde Twm Covid-19.

Zie r.o. 4.15 e.v. van de Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057:

4.15.

De Veiligheidsregio heeft aangevoerd dat de noodverordnungsbevoegdheid van de (in dit geval) voorzitter van de Veiligheidsregio juist bedoeld is voor crisissituaties als deze en dat het daarbij vaker voorkomt dat, om (potentieel) gevaar in te dammen of gezondheidsschade te voorkomen, noodverordeningen (artikel 176 Gemeentewet) of noodbevelen (artikel 175 Gemeentewet) worden uitgevaardigd die inbreuk maken op grondrechten. De Veiligheidsregio heeft erop gewezen dat dergelijke noodmaatregelen door de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2019:2053) en de rechtbank Gelderland (ECLI:NL:RBGEL:2019:479) (grotendeels) in stand zijn gelaten. Daarnaast heeft de Rechtbank Den Haag in het door Viruswaarheid tegen de Staat aangespannen kort geding bij vonnis van 24 juli 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:6856) al geoordeeld dat de noodverordeningen voldoende basis zijn voor de coronamaatregelen (r.o. 4.4).

4.16.

Daar tegenover heeft Viruswaarheid cs gemotiveerd gesteld dat diverse staatsrechtgeleerden in de media hebben uitgesproken dat het hier gaat om een inperking van een grondrecht die niet slechts bij noodverordening kan.

4.17.

Het klopt dat hier verschillend over wordt gedacht. In het licht van de terughoudende toetsing die op dit punt in kort geding plaatsvindt is dat echter niet voldoende om te concluderen dat de regeling, die in tijd en plaats beperkt is, onbevoegd gegeven en daarom onmiskenbaar onverbindend is.

Gelet op het voorgaande is niet met zekerheid te zeggen of een op art. 175 en art. 176 Gemeentewet gestoelde mondkapjesplicht in het onderwijs houdbaar is.

Gesteld kan immers worden dat art. 175 en art. 176 Gemeentewet te weinig specifiek zijn om als grondslag voor een dergelijke mondkapjesplicht te kunnen fungeren en dat met dat

² Adriaan Wierenga, Jon Schilder & Jan Brouwer, Aanpak coronacrisis niet houdbaar, NJB 2020/1135, Tom Barkhuysen, Grondwet ten onrechte monddood bij debat mondkapjesplicht, NJB 2020/2004.

³ <https://www.raadvanstate.nl/@121106/w04-20-0139-vo/>

specificiteitsvereiste slechts voor een korte periode soepel kan worden omgegaan. Nu er al sinds maart noodmaatregelen gelden, is die periode wel verstreken.

Aan de andere kant is ook een opvatting mogelijk die wel steun biedt voor het geven van een mondkapjesplicht op basis van de genoemde bepalingen. De Twm Covid-19, die duidelijk maakt dat deze maatregelen mogelijk zijn (zie hierna), zit eraan te komen, zoveel is duidelijk. Het belang tot bescherming van de volksgezondheid blijft ondertussen onverminderd groot en het gaat hier om een zéér uitzonderlijke situatie. Een en ander noopt mogelijk tot het oprekken van het begrip "korte periode", binnen welke het met het vereiste van de specifieke grondslag niet zo nauw hoeft te worden genomen.

Voorts: de maatregelen zijn lange tijd afgeschaald geweest en een mondkapjesplicht in het onderwijs heeft nog niet eerder gegolden. Deze maatregel zou nu dus voor het eerst worden ingevoerd. Gesteld kan worden dat voor deze maatregel dus pas op het moment van invoering een "korte periode" zal gaan lopen, waarvan bovendien het einde in zicht is – zodra de Twm Covid-19 en de onderliggende regelingen in werking treden.

Aanvullend kan worden betoogd dat een mondkapjesplicht in dit geval niet – zoals in de hierboven aangehaalde kort geding-uitspraak – voortkomt uit een eigen afweging van de veiligheidsregio, maar uit een aanwijzing van de minister, welke bevoegdheid hij ontleent aan art. 7 Wet publieke gezondheid, die specifiek voor dit type ziekten regelt dat de minister over die aanwijzingsbevoegdheid beschikt. Dat is een alweer een wat specifiekere grondslag dan alleen art. 175 en art. 176 Gemeentewet (al is de grondslag ook weer niet zo specifiek als het aanstaande art. 58j Twm Covid-19, zie paragraaf 5).

3.2 Nodig ter beperking van gevaar (art. 176 Gemeentewet)

Een op art. 176 Gemeentewet gebaseerde mondkapjesplicht in het onderwijs moet *nodig* zijn ter beperking van gevaar. Maatregelen die niet of in te beperkte mate bijdragen aan de beperking van gevaar, mogen dus niet op deze grondslag worden genomen. Er moet dus aannemelijk gemaakt kunnen worden dat mondkapjes bijdragen aan de beperking van het gevaar van de verspreiding van het corona-virus. Dat kan nog een uitdaging zijn, omdat tot nog toe het effect van mondkapjes beperkt is voorgesteld.

3.3 Zorgvuldige afweging

Het gegeven dat grondrechten worden beperkt vereist een extra zorgvuldige afweging. In dat verband moet ook rekenschap worden gegeven dat het hier mogelijk gaat om een zwaardere inbreuk op het privéleven dan een mondkapjesplicht in het openbaar vervoer. Deze verplichting treft met name een zwakkere groep (jongeren), die geen mogelijkheid hebben zich aan de plicht te onttrekken (wegens de leerplicht), terwijl zij er bovendien (afhankelijk van hoe de mondkapjesplicht zal zijn vormgegeven) mogelijk langdurig aan onderworpen zijn. Het te verwachten effect van een mondkapjesplicht zal ook hier doorslaggevend zijn – zonder nut en noodzaak is er geen gerechtvaardigde inbreuk op de grondrechten.

4. Géén grondslag in sectorale wetgeving

De WVO bevat voor bevoegde gezagen een algemene zorgplicht voor de veiligheid in art. 3b:

1. Het bevoegd gezag draagt zorg voor de veiligheid op school, waarbij het bevoegd gezag in ieder geval:

(...)

2. Onder veiligheid, bedoeld in het eerste lid, wordt verstaan de sociale, psychische en fysieke veiligheid van leerlingen.

De vraag kan worden gesteld of uit deze zorgplicht een plicht voor bevoegde gezagen kan worden afgeleid om mondkapjes verplicht te stellen. Als dat zo is, kan, wanneer een bevoegd gezag géén mondkapjes heeft verplicht, er (door de onderwijsinspectie of de minister) worden ingegrepen

omdat dan sprake is van een overtreding van de onderwijswetgeving, bijvoorbeeld door de oplegging van een bekostigings sanctie.

Dat is m.i. echter een te vergaande interpretatie van een zeer vage zorgplicht. Bovendien geldt dat veiligheidsmaatregelen met betrekking tot COVID-19 tot nog toe altijd via de noodverordeningen zijn opgelegd. Daaruit valt m.i. ook af te leiden dat mondkapjesplichten ivm covid-19 tot het exclusieve domein van de noodverordening behoren. Zolang de noodverordeningen niet tot mondkapjes in het onderwijs verplichten, geldt zo'n verplichting dus niet en kan die ook niet uit andere, vage zorgplichten worden afgeleid, aangezien zo iets, als gezegd, tot het exclusieve domein van de noodverordening behoort.

Ik merk daarbij ook op dat de zorgplicht in de onderwijswetgeving ertoe dient de veiligheid van leerlingen te beschermen. De mondkapjesplicht zou er echter toe dienen om een ander belang te beschermen: namelijk de volksgezondheid in algemene zin door verspreiding van het virus tegen te gaan. Ook dat is reden om ervan uit te gaan dat de zorgplicht voor de veiligheid van leerlingen niet kan strekken tot het verplichten van mondkapjes – die mondkapjesplicht beschermt hen namelijk niet (zij lopen zelf nauwelijks gevaar) – maar dient, als gezegd, een ander doel.

Het voorgaande laat onverlet dat scholen in beginsel wel zelf het recht hebben over te gaan tot het opleggen van een mondkapjesplicht.

5. Twm Covid-19

De Twm Covid-19⁴ zal een grondslag bieden voor het voorschrijven van mondkapjes in het onderwijs.

Zie art. 58j, lid 1, onder a:

Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over

- a. hygiënemaatregelen en persoonlijke beschermingsmiddelen, met inbegrip van de verplichting tot toepassing of gebruik hiervan. De regels hebben geen betrekking op de toepassing of het gebruik in een woning;

Ook art. 58q lid 1 kan als grondslag worden gebruikt:

Bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat het verrichten van onderwijsactiviteiten in onderwijsinstellingen geheel of gedeeltelijk verboden is en kunnen beperkingen of andere voorwaarden worden gesteld aan het verrichten van onderwijsactiviteiten in onderwijsinstellingen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen onderwijsinstellingen of categorieën daarvan.

6. Samenvatting

Art. 175 en art. 176 Gemeentewet bieden mogelijk een grondslag voor een mondkapjesplicht in het onderwijs. De onzekerheid komt voort uit het feit dat niet mag worden afgeweken van de Grondwet, en dan met name het vereiste dat beperkingen van de persoonlijke levenssfeer een specifieke grondslag dienen te hebben. Dat vereiste is echter niet keihard: aangenomen wordt dat daar voor een beperkte periode van mag worden afgeweken. Hoe ruim deze uitzondering i.c. kan worden geïnterpreteerd, is echter de vraag. Er zijn verschillende argumenten op basis waarvan kan worden aangenomen dat de mondkapjesplicht wel zou mogen worden gesteld (zie het slot van par. 3.1).

Aandachtspunt is verder dat voldoende aannemelijk moet kunnen worden gemaakt dat die mondkapjes effect hebben in het kader van het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus. Dat is namelijk vereist omdat dit type noodvoorschriften alleen kunnen worden gesteld voor zover zij nodig zijn ter beperking van het gevaar en omdat deze noodvoorschriften niet in strijd met de Grondwet mogen komen.

⁴ Kamerstukken II 2019-2020, 35526, nr. 2 (voorstel van wet), nr. 24 (nota van wijziging).

In de toekomst zullen deze regels kunnen worden gebaseerd op de Twm Covid-19. Zowel art. 58j als art. 58q lijken daar de grondslag voor te kunnen vormen.