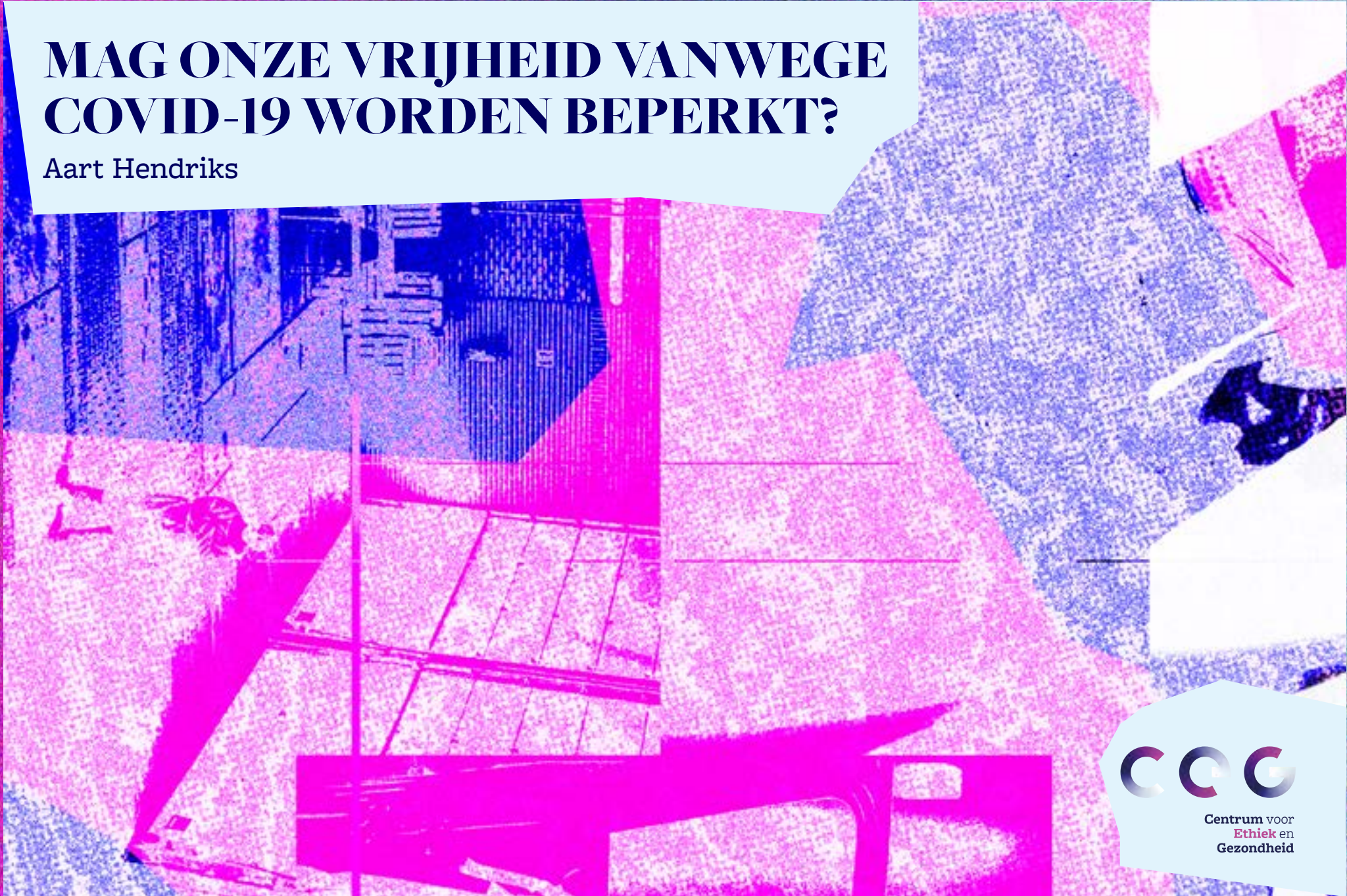


MAG ONZE VRIJHEID VANWEGE COVID-19 WORDEN BEPERKT?

Aart Hendriks



Centrum voor
Ethiek en
Gezondheid

Inleiding

De rechten van de mens zijn in Nederland een groot en belangrijk goed. En daar kunnen we trots op zijn. Het is de overheid niet toegestaan te treden in onze vrijheden en andere beschermde rechten. Dat geldt ook op het gebied van de zorg. Volgens onze Grondwet moet de overheid maatregelen nemen ter bevordering van de volksgezondheid (art. 22 lid 1 Gw). Dit recht wordt wel het recht op gezondheid genoemd maar of we als burger gebruikmaken van deze maatregelen bepalen we zelf – of het nu gaat over preventieve of curatieve zorg, care, gezonde voeding enzovoort.⁽¹⁾

Volgt daaruit dat de overheid onze vrijheden in tijden van COVID-19 op geen enkele wijze mag beperken? Nee, die conclusie kunnen we niet trekken. De vrijheid van de een eindigt vanouds waar de vrijheid van een ander begint. Dit uitgangspunt, diep geworteld in het recht en de ethiek, geldt ook in tijden van COVID-19. Maar mag de overheid ook vrijheidsbeperkende maatregelen opleggen die niet of niet duidelijk zijn gericht op het beschermen van de vrijheid van anderen, in het bijzonder de gezondheid van anderen? En is het toegestaan de vrijheden van sommige groepen meer te beknootten dan die van anderen? Deze vragen staan in dit essay centraal, waarbij ik in het bijzonder stilsta bij de motivering van vrijheidsbeperkende maatregelen en de juridisch-ethische ratio daarvan.

Schets van de overheidsmaatregelen tot nu toe

Vrij snel nadat in Nederland de eerste patiënt met corona was geconstateerd (op 27 februari 2020), ging de overheid over tot het nemen van maatregelen. De overheid trachtte haar hoofddoel – het voorkomen van de verdere verspreiding van het coronavirus – aanvankelijk te bewerkstelligen door een beroep te doen op ieders eigen verantwoordelijkheid. Daartoe verstrekte de overheid allerlei ‘goede adviezen’, variërend van onze handen wassen en geen handen schudden, tot zo veel mogelijk thuisblijven, zeker bij verkoudheid en griepverschijnselen.⁽²⁾ Volgens onze overheid kunnen we namelijk alleen ‘samen’ het virus overwinnen; dat vraagt om medewerking van eenieder.

Sinds half maart is de overheid deze adviezen deels gaan omzetten in ‘dringende adviezen’, maar ook in verplichtingen. Bij het niet naleven van zo’n plicht kan een boete volgen, op te leggen door onder andere een buitengewoon opsporingsambtenaar (BOA). Zo zijn er boetes voor het overtreden van de anderhalvemeterregel, het thuis ontvangen van meer bezoekers dan maximaal is toegestaan, sporten met publiek, het (langer) openlaten van een restaurant dan is toegestaan en het niet dragen van een mondkapje waar dit is verplicht. Kennelijk vertrouwt de overheid niet langer op ieders eigen verantwoordelijkheid en de idee dat we op vrijwillige basis samen het virus aankunnen; het strafbaar stellen van normovertreding wordt sindsdien essentieel gevonden.

Rond deze maatregelen dringen zich meteen allerlei juridische en ethische vragen op. Tot wie richt zich eigenlijk de norm? Denk bijvoorbeeld aan twee bezoekers in een restaurant die ‘te dicht’ bij elkaar zitten. Riskeren dan de bezoekers of de restauranthouder een boete? En wie moeten die regels uitvoeren en handhaven – naast de genoemde BOA’s? In dit kader horen we in media regelmatig over de voorzitters van de 25 veiligheidsregio’s die Nederland rijk is; hen komt kennelijk zo veel macht toe dat zij de normen van de centrale overheid in hun regio ook anders mogen toepassen – of voor bepaalde activiteiten vrijstelling mogen verlenen.⁽³⁾

Mag de rijksoverheid of een voorzitter van een veiligheidsregio ook vrijheidsbeperkende maatregelen opleggen om andere zaken te regelen dan het bestrijden van COVID-19? Denk bijvoorbeeld aan het vuurwerkverbod om de zorg niet erger te belasten. Of om de vrijheid van burgers te beperken omdat die burger anderszins gedrag vertoont dat kan worden getypeerd als ‘overlast’ of ‘verstoring van de openbare orde’? Denk bijvoorbeeld aan het sluiten van stranden en parken omdat de bezoekers veel rommel achterlaten of bijvoorbeeld aldaar gaan handelen in verdovende middelen. Of in het kader van het bronnen- en contactonderzoek de verplichting op te nemen voor personen om hun huisgenoten te noemen om daarmee te kunnen controleren of de betrokkene zich wellicht ten onrechte als eengezinshuishouden heeft geregistreerd bij de gemeente. En is het toegestaan om de vrijheden van sommige groepen meer in te perken dan die van anderen? In dit verband kan worden gedacht aan het bezoekverbod voor bewoners van

een verpleeghuis, terwijl dit verbod niet gold voor mensen met een soortgelijke gezondheid en leeftijd in de thuissituatie.⁽⁴⁾ De wirwar van maatregelen in het kader van COVID-19, de uiteenlopende doelen en het door elkaar halen van ‘verboden’ en ‘dringende adviezen’ lijken steeds meer te wringen met juridische en ethische uitgangspunten – en stuiten maatschappelijk op toenemende weerstand. En die oppositie mag zich dan slechts beperkt uiten in de vorm van een demonstratie omdat de anderhalvemeternorm anders in gevaar komt.

Het recht op gezondheid en andere vrijheden

Terug naar het mensenrechtelijk kader, dat de overheid in acht moet nemen bij de maatregelen ter beteugeling van COVID-19. De rechten van de mens – ook wel grondrechten genoemd – verplichten de overheid immers om haar bevolking te beschermen tegen bedreigingen voor de volksgezondheid, waaronder epidemieën. Tegelijkertijd mag het bestrijden van zo’n ziekte geen excuus zijn om grondrechten onnodig in te perken. Dit volgt uit de internationaal erkende mensenrechten. En dat die rechten wereldwijd en op Europees niveau erkenning hebben gevonden, betekent volgens onze Grondwet dat aan deze internationale rechten meer gewicht toekomt dan onze nationale (Grond)wet en regelgeving. Anders gezegd, het is Nederland niet toegestaan om via een nationale wet afbreuk te doen aan de bescherming die een internationaal mensenrecht beoogt te bieden. Dit verklaart ook waarom in Nederland zo veel betekenis toekomt

aan het in Straatsburg zetelende Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De uitspraken van het EHRM moeten door Nederland worden opgevolgd, ook al vinden wij een andere norm wenselijker. Het eerdergenoemde recht op gezondheid is een wereldwijd erkend mensenrecht.⁽¹⁾ Dit recht is, niet toevallig, nauw verwant aan de kernbeginselen van de medische ethiek, te weten: respect voor rechtvaardigheid, autonomie, weldoen, en niet-schaden. Het recht op gezondheid poogt immers een vorm van rechtvaardigheid te bevorderen – de gezondheid van allen en het bieden van bescherming aan hen die daaraan behoefte hebben – als vorm van weldoen, zonder mensen te schaden en met aandacht voor ieders autonomie. Dit recht werd op internationaal niveau voor het eerst neergelegd in het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO).⁽⁵⁾ Volgens de preambule bij dit uit 1946 stammende document is “Het genot van een zo goed mogelijke gezondheidstoestand [...] een van de grondrechten van ieder menselijk wezen [...].” Dit recht is vervolgens in vrijwel identieke bewoordingen overgenomen in verschillende mensenrechtenverdragen, verdragen die ook door Nederland zijn ondertekend. Bijzonder aan deze formulering van het recht op gezondheid is dat dit recht niet alleen betrekking heeft op het beschermen van gezondheidsschade, bijvoorbeeld via gezondheidszorg en vaccinatieprogramma’s, maar ook op het bevorderen van ieders gezondheid, door middel van onderwijs, kwalitatief goede voeding, zorgverzekeringen en wetgeving.⁽⁶⁾ Gezondheid wordt bij dit alles ruim uitgelegd: “Gezondheid is een toestand van volledig lichamelijk, geestelijk en sociaal welzijn en niet slechts de afwezigheid

van ziekte of zwakheid”, aldus de preambule bij het Statuut van de WHO.⁽⁵⁾ En bij het beschermen en bevorderen van het recht van gezondheid moeten de keuzes van het individu (autonomie) aangaande zijn gezondheid en met betrekking tot andere rechten maximaal worden gerespecteerd. Anders gezegd, het recht op gezondheid bouwt voort op de ethische kernbeginselen, maar moet ook in samenhang met andere rechten worden gezien. Het is niet zo dat gezondheid automatisch een inbreuk op een ander recht rechtvaardigt.⁽⁷⁾

Maar wat, vanuit grondrechtelijk perspectief, als ‘het genot van een zo goed mogelijke gezondheidstoestand’ botst met de vrijheden die liggen besloten in andere rechten? Denk bijvoorbeeld aan personen met verschijnselen die duiden op COVID-19 die geen test wensen te ondergaan – en zich in de toekomst niet wensen te laten vaccineren. Mag dat weigeren, gelet op de autonomie die een ieder toekomt? Ook kan worden gedacht aan het maximeren van het aantal gasten in de thuissituatie – een forse inbreuk op het recht op privé- en gezinsleven. Of het niet aanbieden van een test op COVID-19 aan een bezorgde persoon omdat er te weinig testcapaciteit is – of omdat anderen personen voorrang hebben. De betrokkene kan zich in de laatste situatie op het standpunt stellen dat hij zijn gezondheid niet goed kan beschermen en nu, wellicht ten onrechte, in zelfisolatie moet en zijn werkgever in deze situatie weigert het loon door te betalen.

Het beperken van andere vrijheden omwille van het recht op gezondheid is pas toegestaan als dat noodzakelijk en proportioneel is, zonder dat het beoogde doel

op een andere, minder op de rechten en vrijheden inbreuk makende wijze kan worden gerealiseerd (subsidiariteit).⁽⁷⁻⁹⁾ In een democratische rechtsstaat als Nederland is het aan het parlement als wetgevende macht om over de precieze uitleg van deze abstracte juridische begrippen te beslissen, met een toetsende rol voor de rechter om bijvoorbeeld te zien of het parlement is gebleven binnen de kaders van de internationale mensenrechten.⁽¹⁰⁾ Een blik op de Europese kaart leert dat nationale parlementen deze begrippen deels anders uitleggen, en dat sommige landen zelfs de noodtoestand uitroepen of overgaan tot een langdurige lockdown om de doelen die besloten liggen in het recht op gezondheid te bewerkstelligen. Mits goed gemotiveerd kan dat gelet op de nationale context zijn toegestaan.

Wettelijke basis voor vrijheidsbeperkingen

Uit het genoemde volgt dat het recht op gezondheid, en daarmee de strijd tegen COVID-19, kan leiden tot het inperken van bepaalde vrijheden van personen. Dat mag volgens de erkende mensenrechten evenwel alleen als die inperkingen zijn voorzien in een formele en specifieke wet. Lees: de regering kan zo'n inperking voorstellen, maar het parlement heeft hierover het laatste woord.

Over de wettelijke basis voor de vrijheidsbeperkende maatregelen ter voorkoming van de verdere verspreiding van COVID-19 kan het volgende worden gezegd.^(2,9,11) Veel van de overheidsmaatregelen zijn

gebaseerd op de Wet publieke gezondheid (Wpg), al dan niet in combinatie met de Wet veiligheidsregio's (Wvr) en de Gemeentewet. Terzijde, het is opvallend dat de overheid bij al haar maatregelen niet verwijst naar het recht op gezondheid, maar naar wetten die deels zijn ingevoerd om het recht op gezondheid handen en voeten te geven. Op grond van deze drie door het parlement eerder aangenomen wetten heeft het kabinet noodverordeningen afgekondigd. Daarmee geeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) de eerdergenoemde voorzitters van de veiligheidsregio's opdracht die verordeningen om te zetten in regels voor de eigen veiligheidsregio. Daarmee heeft de regering inkleuring gegeven aan het recht op gezondheid – lees: de wettelijke mogelijkheden dat recht in de praktijk te brengen – zonder dat het parlement verdere zeggenschap heeft gekregen over de wijze waarop de regering het wettelijk kader uitlegt en welke maatregelen de regering nodig en niet nodig acht. Dat heeft tot allerlei spanningen geleid in de relatie tussen de regering en de Kamer, omdat vanuit de volksvertegenwoordiging soms andere maatregelen nodig werden geacht en de Kamer bijvoorbeeld veel kritiek heeft op de beperkte testcapaciteit en de problemen die er zijn bij het bron- en contactonderzoek.

Voor alle duidelijkheid: noodverordeningen zijn specifiek, maar zijn geen wetten in formele zin. Het zijn, wat juristen noemen, algemeen verbindende voorschriften, een vorm van lagere wetgeving. In enkele gevallen ging het kabinet naast verordeningen over tot specifieke (nood)wetgeving, omdat de eerder genoemde wetten niet

in een mogelijkheid tot reguleren verzagen. Het ging daarbij bijvoorbeeld om het introduceren van een mogelijkheid voor gerechten om via een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel een onderzoek ter zitting uit te voeren in plaats van een fysieke zitting in het gerechtshof of andere plaats (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid), om het RIVM in staat te stellen bepaalde persoonsgebonden gegevens te verkrijgen (Tijdelijke wet informatieverstrekking RIVM i.v.m. COVID-19) en een wet ter invoering van de CoronaMelder (Tijdelijke wet notificatieapplicatie COVID-19).

Dat de rechten en vrijheden van sommige groepen op grond van deze noodverordeningen en specifieke wetgeving soms ernstiger worden beperkt dan die van anderen, is door het kabinet niet geproblematiseerd. Hoewel het grondrechtelijk beschermde verbod van discriminatie (art. 1 Gw) de overheid verplicht gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk te behandelen, heeft de overheid altijd aangenomen dat personen en groepen in de context van COVID-19 alleen ongelijk worden behandeld als de situaties ongelijk zijn. De regering neemt dit doorgaans al snel aan, waarbij zij zich schaarde achter standpunten van het OMT en het RIVM. Denk bijvoorbeeld aan het beperken van het bezoek aan de bewoners van verpleeghuizen, kleinschalige woonvoorzieningen, GGZ-instellingen en instellingen voor personen met een verstandelijke beperking.⁽⁴⁾ Het kabinet vond deze maatregelen 'nodig' en nam voetstoots aan dat er sprake was van ongelijke gevallen. Dat het kabinet minderjarigen eerder toestond om weer te gaan sporten dan volwassenen,

was voor het kabinet ook een uitgemaakte zaak. Jongeren zouden minder kans lopen te worden besmet met het coronavirus dan oudere personen.

Voldoende wettelijke basis?

Onder juristen is er al enige tijd discussie over de vraag of de op de Wpg, Wvr en Gemeentewet gebaseerde noodverordeningen een voldoende wettelijke basis vormen voor het inperken van grondwettelijk gewaarborgde vrijheden, zoals het recht op privé- en gezinsleven, de demonstratievrijheid en het recht op godsdienstvrijheid. We zien namelijk dat demonstraties worden verboden of worden beperkt qua aantal deelnemers en dat er een limiet geldt voor het aantal personen dat tegelijk naar een gebedshuis mag gaan. Met name de beoefenaars van het staatsrecht nemen aan dat de wettelijke basis onvoldoende is.⁽³⁾ Zij zijn in het algemeen van opvatting dat grondrechten niet op grond van noodverordeningen mogen worden beperkt, tenzij de bovenliggende wetten zelf voorzien in een inperkingsmogelijkheid die conform de mensenrechtelijke eisen is. Wat betreft dit laatste bevat de Wpg beperkte uitzonderingsmogelijkheden, omdat de burgemeester (of de voorzitter van de veiligheidsregio) bij het bestrijden van infectieziekten kan overgaan tot bron- en contactonderzoek, het opleggen van isolatie in het ziekenhuis, quarantaine en een beroepsverbod. Deze maatregelen worden bij bepaalde infectieziekten noodzakelijk en proportioneel geacht, en worden daarmee geacht te voldoen aan juridische en ethische eisen.

De rechterlijke macht heeft klachten over het ontbreken van een voldoende wettelijke basis voor het inperken van onze vrijheden tot op heden (grotendeels) afgewezen. Daarbij moet worden aangetekend dat dit vrijwel allemaal kortgedingzaken betrof en de rechter een gevraagde 'vordering' – de wens van de eisende partij – dan alleen maar toewijst als het door de eisende partij bestreden besluit 'onmiskenbaar onverbindend' is.¹ Dat laatste is volgens de rechtbank doorgaans niet het geval, al maakt de rechtbank soms wel kritische opmerkingen.

De Tweede Kamer ziet daarentegen wel redenen tot zorg aangaande de wettelijke basis van de genomen – en wellicht nog te nemen – vrijheidsbeperkende maatregelen. Het parlement voelt zich daarbij gesteund door de voorlichting van de Afdeling Advisering van de Raad van State van mei 2020.⁽⁷⁾ Het is om die reden dat de Tweede Kamer heeft aangedrongen op de totstandkoming van een (tijdelijke) wet waardoor de Kamer kan toezien op en meepraten over maatregelen die het kabinet noodzakelijk acht. Dit is, ook volgens het kabinet overigens, een vorm van wenselijk geachte democratische controle, die in de beginperiode niet kon worden gewaarborgd vanwege de haast waarmee de regering moest regeren en anticiperen. Een eerste voorstel van de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19, kortweg Coronawet, kreeg zo veel kritiek dat de regering dat niet eens heeft ingediend.⁽¹²⁾ Daarmee kon deze wet niet op 1 juli 2020 in werking treden, zoals de bedoeling was. Een nieuw wetsvoorstel werd uiteindelijk, na flink wat wijzigingen, op 13 oktober 2020 aangenomen door de Tweede Kamer, om op 27 oktober 2020 door de Eerste Kamer te worden

geaccordeerd.⁽¹³⁾ Volgens de uiteindelijke Coronawet, die op 1 december 2020 in werking is getreden, hoeft de regering niet langer te werken via noodverordeningen, maar moet zij voorgenomen maatregelen wel vooraf ter consultatie voorleggen aan het parlement. De Tweede Kamer kan over zo'n voorgenomen regeling dan ook stemmen. Daarmee bestaat er, zo wordt algemeen aangenomen, een voldoende wettelijke basis voor vrijheidsbeperkende maatregelen met een vorm van democratische controle door het parlement.

Meer dwang voor de een dan voor de ander?

Dat dwang zich slecht verhoudt met vrijheid en de wenselijk geachte autonomie van personen blijkt reeds uit het hiervoor genoemde. Zoals gezegd, beperkingen van de persoonlijke vrijheid zijn niet per definitie verboden, maar behoeven wel goede redenen. Is het gelet hierop dan wel toegestaan om de vrijheden van sommige personen meer te beperken dan die van anderen? Die vraag, die hiervoor al aan de orde kwam, dringt zich op, gelet op diverse door de overheid genomen maatregelen.⁽¹⁴⁾ Het kan niet worden ontkend dat de overheid bewoners van verpleeghuizen en andere instellingen meer beperkingen heeft opgelegd dan, grof samengevat, jongeren zonder ernstige ziekten of beperkingen.

Binnen de groep minderjarigen maakt de overheid dan weer onderscheid tussen kinderen tot 12 jaar en jongeren van 12 tot 18 jaar. Zo geldt de anderhalvemeter-norm buiten de eigen woning alleen voor

1. Zie bijv. Rechtbank Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3379; Rechtbank Den Haag 18 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378; Rechtbank Den Haag 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865; Rechtbank Den Haag 27 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865; Rechtbank Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856; Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057 en Rechtbank Rotterdam 9 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10079. HA:2020:3379; Rechtbank Den Haag 18 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4378; Rechtbank Den Haag 19 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865; Rechtbank Den Haag 27 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5865; Rechtbank Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856; Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057 en Rechtbank Rotterdam 9 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10079.

personen van 18 jaar en ouder. Kinderen tot 12 jaar zijn uitgezonderd van deze norm, terwijl jongeren van 12 tot 18 jaar alleen ten opzichte van elkaar geen afstand hoeven te houden.⁽¹⁵⁾ Maar wie krijgt er een boete als een minderjarige zich niet aan zo'n leeftijdsgrens houdt? En is het voor een buitenstaander, zoals een BOA, wel altijd duidelijk hoe oud een minderjarige is? Kinderen tot 14 jaar hoeven zich in Nederland niet te legitimeren. Ook hun ouders of verzorgers zijn dat niet verplicht.

Voor de categorie meerderjarigen geldt dat er meer verplichtingen zijn voor de oudste volwassenen, zeker voor personen met ernstige ziekten en beperkingen, dan voor jongvolwassenen zonder aandoeningen. De reden waarom bijvoorbeeld de bewoners van verpleeghuizen geen bezoek mochten ontvangen is tot op de dag van vandaag niet helder. Heeft dit te maken met de omstandigheid dat personen ouder dan 70 jaar door het RIVM zijn aangewezen als 'risicogroep'? Zij hebben volgens het RIVM 'een verhoogd risico op ernstig beloop van COVID-19'.⁽¹⁶⁾ Maar waarom gelden er dan soortgelijke beperkingen voor GGZ-instellingen en tehuizen voor verstandelijk beperkten? En waarom mogen (ook) deze bewoners vaak geen advocaat fysiek ontmoeten, ook al zijn ze verwickeld in een juridische procedure inzake bijvoorbeeld hun onvrijwillige verblijf? Gaat het recht op een eerlijk proces dan niet voor?

Bij dit alles speelt dat er binnen deze groepen allerlei verschillen zijn. Zo maakt het RIVM onderscheid tussen een 'kwetsbare oudere' en 'vitale oudere'. Evenmin is duidelijk of de risico's voor een (kwetsbare of vitale) oudere kleiner of groter zijn dan

voor andere personen die als risicogroep zijn aangemerkt door het RIVM, zoals personen van 18 jaar en ouder met een verstandelijke handicap in een instelling of personen van 18 jaar met onderliggende ziekten. De onduidelijkheid over de genomen maatregelen is recent nog toegenomen omdat gebleken is dat de aanvankelijke richtlijn van het RIVM inzake het (niet) dragen van een mondkapje voor verzorgenden in de verpleeghuiszorg mede was ingegeven door schaarste aan persoonlijke beschermingsmiddelen. Dat roept de vraag op: wat is dan het doel geweest van de 'vrijheid' om geen mondkapje te dragen in relatie tot het bezoekverbod voor de cliënten? En waarom laat het kabinet het bezoeken van bewoners van een instelling of tehuis niet over aan de eigen verantwoordelijkheid of aan het beleid van de werkgever? Het kabinet heeft toch altijd gesproken over een intelligente lockdown en het versterken van ieders eigen verantwoordelijkheid om samen het virus te kunnen bestrijden?

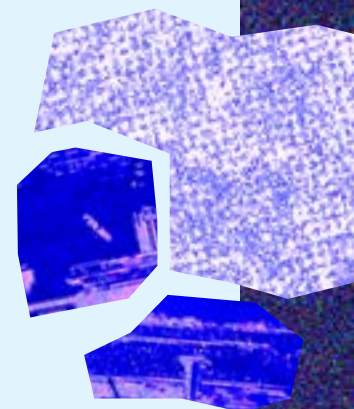
Terwijl de overheid met betrekking tot de maatregelen tegen COVID-19 nog nooit heeft gesproken over discriminatie, deed zij dat wel naar aanleiding van het op verzoek van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) opgestelde advies over triage op de intensive care bij een fase 3 van COVID-19.⁽¹⁷⁾ Op de dag dat dit advies uitkwam, op 16 juli 2020, kwam de minister voor Medisch Zorg al met een reactie (zie elders in deze bundel voor een uitvoeriger analyse van dit advies en de reacties). Hij liet weten dat hij zich 'niet kan vinden in een triage waarin leeftijd, los van medisch inhoudelijke overwegingen, een rol speelt'.⁽¹⁸⁾ Het kabinet heeft ook aangegeven dat

indien deze vorm van leeftijdsonderscheid in het draaiboek gehandhaafd blijft, dit bij wet zal worden verboden. Dus de regering vindt dat er in sommige situaties wel sprake is van discriminatie, alleen niet in het kader van de door haar zelf genomen beleidsmaatregelen.

Beschouwing en conclusies

Uit het voorgaande blijkt dat de overheid onze vrijheden omwille van COVID-19 mag beperken. Dit ligt besloten in het juridisch-ethische uitgangspunt dat de vrijheid van de een eindigt waar de vrijheid van de ander begint. Deze weging van rechten en belangen volgt ook uit het recht op gezondheid,⁽⁹⁾ een recht dat door de overheid tot nu toe in het kader van COVID-19 overigens nergens met zoveel woorden heeft genoemd. Dat laatste is vreemd, omdat de hiervoor besproken maatregelen direct of indirect besloten liggen in dit recht, met uitzondering wellicht van economische steunmaatregelen voor personen en organisaties die tijdelijk niet (volledig) hun werk kunnen uitoefenen.

Om rechten van een persoon of van groepen tegen hun wil, en dus hun vrijheid, te beknotten zijn er goede redenen nodig. Dat noemen juristen wel: die maatregelen dienen deugdelijk te worden gemotiveerd. Uit het hiervoor genoemde volgt dat de overheid de redenen waarom zij een vrijheidsbeperkende maatregel neemt niet altijd verduidelijkt of dat zij verwijst naar de adviezen van het OMT of het RIVM. Daarnaast ziet de burger dat in andere landen soms geheel andere en minder



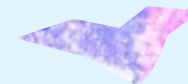
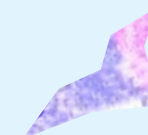
vrijheidsbeperkende maatregelen worden genomen, ook vaak gebaseerd op de adviezen van de gezondheidsautoriteiten. Zweden is daarvan wellicht het bekendste voorbeeld in Europa, een land dat maximaal vertrouwt op de eigen verantwoordelijkheid van de burgers en hun vrijheid optimaal respecteert.

De Nederlandse overheid voert, zoals gesignaleerd, een tamelijk ondoorzichtig COVID-19-beleid. Zo geeft zij niet aan op grond waarvan – mijns inziens vaak op het recht op gezondheid – zij maatregelen oplegt, hoe de overheid strijdige belangen afweegt en waarom zij uiteindelijk een bepaald belang zwaarder laat wegen dan een ander belang. Daar komt bij dat de doelen van maatregelen lang niet altijd duidelijk zijn, laat staan tot wie de maatregelen zich nu specifiek richten. Tel daarbij op dat de maatregelen deels tegenstrijdig zijn – bijvoorbeeld: we moeten anderhalvemeter afstand houden van elkaar, maar we mogen wel boxen in een sporthal (of daarbuiten) en naar een sekswerker gaan. Door de grote aantallen en regelmatig veranderende regels met deels regionale verschillen zijn veel mensen inmiddels het spoor bijster en ervaren zij de maatregelen als willekeurig.

Ook omdat de strijd tegen COVID-19 zich wellicht het best is te vergelijken met een marathon waarbij we straks te maken krijgen met mensen die zich om godsdienstige of andere redenen niet wensen te laten vaccineren, is het zaak dat de overheid als hoeder van het recht op gezondheid en andere mensenrechten haar volle verantwoordelijkheid neemt. Overheid, geef duidelijk aan wat de grondslag is van vrijheids-

beperkende maatregelen, hoe belangen tegen elkaar zijn afgewogen en waarom aan een belang meer gewicht toekomt dan aan een ander belang, zonder dat er jegens bepaalde groepen wordt gediscrimineerd. Dankzij de Coronawet is het ook aan het parlement om scherp toe te zien op de doelmatigheid, de proportionaliteit én de rechtmatigheid van alle maatregelen, die soms inbreuk maken op onze vrijheden. COVID-19 is juridisch en ethisch gezien een soort lakmoesproef voor onze rechtsstaat en het belang dat aan onze vrijheid toekomt. We strijden niet alleen tegen een virus, maar ook tegen maatregelen die juridisch en ethisch soms niet helemaal goed zijn geformuleerd. Het is, ook met het oog op infectieziekten die er in de toekomst ongetwijfeld weer komen, niet te laat om waar nodig zaken omwille van onze vrijheid en andere rechten te verbeteren.

Aart Hendriks is Hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de CEG-Commissie.



Referenties

- (1) Toebes, B.C.A. (1999) *The Right to Health as a Human Right in International Law*. Antwerp: Intersentia / Hart.
- (2) Hendriks, A.C. (2020). 'Nood breekt wet in tijden van corona.' *NJB*, 95(14), p. 948-55.
- (3) Wierenga, A.J., A.E. Schilder en J.G. Brouwer (2020). 'Aanpak coronacrisis niet houdbaar.' In: *NJB*, 95(18), p.1317.
- (4) Koffeman, N.R. en K.M. de Vries (2020). 'Achter gesloten deuren. De bezoeksregeling verpleeghuizen en artikel 8 EVRM.' In: *NJB*, 95(27), p. 1936-42.
- (5) Meier, B.M., Th. Murphy en L.O. Gostin (2020). The Birth and Development of Human Rights for Health. In: Gostin L.O. en B.M. Meier (Ed.). *Foundations of Global Health & Human Rights*. New York: Oxford University Press, p. 23-43.
- (6) CESCR General Comment No. 14 (11 August 2000): *The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, E/C.12/2000/4.
- (7) Afdeling Advisering van de Raad van State (2020), *Voorlichting over grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen*, W04.20.0139/I/Vo, Den Haag: Raad van State.
- (8) Economic and Social Council (17 april 2020). *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/2020/1.
- (9) Toebes, B.C.A. (2020). 'Vrijheid en privacy moeten soms wijken voor de volksgezondheid.' In: *Trouw*, 4 september 2020.
- (10) Voermans, W.J.M. en J.H. Gerards (2011). *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State*. Den Haag: Raad van State.
- (11) Hendriks, A.C. en P.B.C.D.F. 'Gezondheidsrechtelijke aspecten van corona.' In: *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 11(3), p. 262-281.
- (12) Werf, W. Van der (2020). 'Coronawet: middel veel erger dan de kwaal.' In: *Advocatenblad*, 100(6), p. 58-61.
- (13) Staatscourant 2020, 441.
- (14) Rijksoverheid (2020). *Nederlandse aanpak en maatregelen tegen het coronavirus*. Geraadpleegd via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/nederlandse-maatregelen-tegen-het-coronavirus>.
- (15) RIVM (2020). *Generiek kader coronamaatregelen*. Geraadpleegd via: <https://www.rivm.nl/coronavirus-covid-19/adviezen-werk-vrije-tijd/generiek-kader-coronamaatregelen>
- (16) RIVM (2020). *Risicogroepen*. Geraadpleegd via: <https://lci.rivm.nl/richtlijnen/covid-19#risicogroepen>
- (17) Federatie Medisch Specialisten en Artsenfederatie KNMG (2020). *Draaiboek Triage op basis van niet-medische overwegingen voor IC-opname ten tijde van fase 3 in de COVID-19 pandemie*. Utrecht: KNMG.
- (18) *Kamerstukken II 2019/20*, 25295, 423.