



FORUM

CASUS MONDKAPJESPLICHT: IS ONZE BEPERKINGSSYSTEMATIEK NOG WEL GRONDRECHTENPROOF?

INGRID LEIJTEN - 13.08.2020

De door burgemeesters verordende mondkapjesplichten zijn ongrondwettig. Het grondrecht op persoonlijke levenssfeer waarop hiermee inbreuk wordt gemaakt, mag niet eigenhandig door de burgemeester worden beperkt. Dat wil niet zeggen dat dit grondrecht überhaupt niet beperkt mag worden. Het is zelfs niet uit te sluiten dat grondrechtenbescherming verplicht tot het instellen van een mondkapjesplicht. Maar daarover zodadelijk meer. Wat maakt de huidige discussie over mondkapjes tot een bijzonder boeiende grondrechtencasus, waarin bovendien de tekortkomingen van het Nederlandse systeem van grondrechtenbescherming aan het licht komen?

De stand der dingen is bekend. In Rotterdam en Amsterdam wordt ‘geëxperimenteerd’ met een mondkapjesplicht. Hiervoor bestaat geen wettelijke basis in de Wet publieke gezondheid. Dit terwijl de Grondwet nu juist verlangt dat beperkingen van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Grondwet) ‘bij of krachtens’ formele wet worden vastgelegd. Dit zorgt voor de nodige democratische legitimatie, die als het ware dubbel ontbreekt nu lokaal én zonder tussenkomst van de gemeenteraad tot een verplichting wordt overgegaan. ‘Krachtpatserij’ door burgemeesters dus, die willens en wetens de Grondwet negeren. Tegelijkertijd duidt hun uitroep dat ze toch iets moeten doen ([‘Ik ben burgemeester, ik moet handelen’](#)) op een gevoel dat hier meer op het spel staat. Is het niet toch – *one way or another* – noodzakelijk om ‘alles’ te proberen om een nieuwe lockdown (met alle gevolgen van dien) te voorkomen?

Afgezien van het laten vallen van een mondkapjesplicht is de oplossing voor het grondwettelijke deficit natuurlijk het in actie komen van de formele wetgever. Deze kan ofwel door het invoeren van een (beperkte) landelijke plicht, ofwel door het in een Coronawet verankeren van de mogelijkheid tot het nemen van dergelijke lokale maatregelen, ongrondwettigheid helpen voorkomen. Of de politieke wens daartoe bestaat is iets anders. Blijkbaar is die tot op heden niet sterk genoeg. Bovendien heeft het kabinet – met het RIVM – het nut en de noodzaak van mondkapjes zo stelselmatig in twijfel getrokken, dat een plotseling verbod niet opportuun lijkt.

Maar hoewel de keuze om grondrechten te beperken een politieke en dus democratische is, is het met dergelijke beperkingen beschermen van andere grondrechten soms ook verplicht. Het nemen van coronamaatregelen draagt bij aan het verwezenlijken van de positieve verplichtingen die op de Staat rusten in het kader van bijvoorbeeld het recht op gezondheid en het recht op leven. Op basis daarvan kan niet alles worden verlangd, maar zoals ook [Urgenda](#) laat zien, mag de taak van de Staat zeker niet worden onderschat. Terecht wees oud-directeur van het RIVM Coutinho onlangs op het [voorzorgsbeginsel](#), dat inhoudt dat ook bij gebrek aan onomstotelijk wetenschappelijk bewijs de nodige voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen. Dit beginsel is ook mensenrechtelijk erkend (zie wederom *Urgenda*, met verwijzing naar de [rechtspraak](#) van het EHRM). Ik suggereer niet dat het niet invoeren van een mondkapjesplicht een schending van mensenrechten vormt. Zeker nu verschillende (botsende) fundamentele rechten in het geding zijn, is dat allesbehalve eenduidig en bestaat er veel beoordelingsruimte. Maar het *kan* wel, zeker wanneer het weigeren over te gaan tot een dergelijke maatregel niet voldoende wordt gerechtvaardigd.

Een onderliggend punt heeft te maken met onze grondwettelijke beperkingssystematiek. Die is achterhaald, zoals we eigenlijk [wel weten](#). Waar wordt gezegd dat de Nederlandse Grondwet een [hoger niveau van bescherming biedt](#) ten opzichte van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), betreft dit het feit dat aan beperkingen bevoegdheidsvoorschriften zijn verbonden die bepaalde beperkingsmogelijkheden voorbehouden aan – ten minste in eerste instantie – de formele wetgever. Over de consequenties van het ontbreken van inhoudelijke eisen voor het niveau van bescherming zoals die in het EVRM en elders centraal staan, wordt te weinig gerept. Maar is het niet de subsidiariteit en proportionaliteit – de inhoudelijke rechtvaardiging – van beperkingen die we uiteindelijk willen garanderen, in plaats van te verzanden in gekissebis over *wie* grondrechten mag beperken?

Natuurlijk zijn er veel argumenten tegen een mogelijkheid om op gemeentelijk niveau zelfstandig grondrechten te beperken – ook met lokale democratische ondersteuning. Toch staat een focus op competenties in plaats van inhoudelijke criteria haaks op de hedendaagse rol en reikwijdte van grondrechten. Deze worden ruim geïnterpreteerd en zijn ‘in alle hoeken en gaten’ te vinden. (Of dat wenselijk is, is een [andere vraag](#).) Het is dan ook een illusie te denken dat ministers of lagere overheden nooit ‘zomaar’ grondrechten beperken – hoe inhoudelijk gerechtvaardigd deze beperkingen vaak ook zullen zijn. Een per gemeente verschillend niveau van grondrechtenbescherming mag dan in beginsel niet gewenst zijn, in het sociaal domein verdwijnt deze kritiek ook snel naar de achtergrond. Bovendien worden de rol en taak van gemeenten en steden in het verwezenlijken van grondrechten alleen maar groter. Ook omdat zelfbenoemde [mensenrechtensteden](#) de handschoen willen oppakken waar de nationale overheid

tekortschiet. Maar daarvoor moet dan wel de nodige (wettelijke) ruimte bestaan. De ‘hogere’ bescherming die voortvloeit uit onze formele competentievoorschriften kan paradoxaal genoeg een hindernis vormen voor de bescherming van (andere) grondrechten, omdat deze voorschriften, anders dan inhoudelijke eisen, voor een afweging geen ruimte laten. Apathie van de formele wetgever is in dit systeem extra kwalijk.

In de NRC verscheen afgelopen weekend een [interview](#) met historicus Annelien de Dijn over haar nieuwe boek *Freedom. An unruly history*. Volgens haar heeft het negatieve vrijheidsbegrip ‘compleet de overhand gekregen’ en is het tijd voor een herwaardering van positieve vrijheid. De link met de discussie over coronamaatregelen, maar ook met het grondrechtendiscours in brede zin, is snel gelegd. Waar we in eerste instantie denken aan ‘klassieke’ vrijheden om te doen en laten wat we willen, overschaduwde dit het belang van actief, democratisch overheidsoptreden inclusief beperkingen van die vrijheid om grondrechten (en uiteindelijk ook weer vrijheid) te garanderen. De lokale mondkapjesplichten zijn ongrondwettig, maar het dilemma dat hierachter schuil gaat vraagt ook om aandacht voor positieve grondrechtenbescherming en de mogelijkheid om die te garanderen.