

## MENSENRECHTEN OP HET GOUDSCHAALTJE?

### Afweging van het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven tijdens de Nederlandse en Belgische coronacrisis

Jorrit Westerhof \*

**Samenvatting** | Tijdens de coronacrisis botsten het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM). Uit de analyse van toelichtingen bij drie typen Nederlandse en Belgische coronamaatregelen, alsook bij de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 en de Pandemiewet, blijkt dat de Nederlandse en Belgische autoriteiten in de toelichtingen geen expliciete aandacht besteedden aan mensenrechten in de beginfase van de crisis. Pas na acht (Nederland) en zeven (België) maanden werden mensenrechten besproken. De aandacht voor mensenrechten in de toelichtingen groeide geleidelijk, mogelijk wegens kritiek vanuit rechtswetenschappers en belangenorganisaties. De aandacht richtte zich in België aanvankelijk vooral op het recht op leven. Na verloop van tijd ontstond er in beide landen aandacht voor recht op eerbiediging van het privéleven. In België vond die verschuiving pas plaats bij versoepeling van de maatregelen, ongeveer twee jaar na aanvang van de crisis. In de Belgische toelichtingen is vrijwel nooit expliciet gesproken over mensenrechtenbotsingen en afweging daarvan.

**Trefwoorden** | [botsing van mensenrechten], [EVRM], [positieve verplichtingen], [negatieve verplichtingen], [noodrecht], [coronacrisis]

**DOI** | 10.54195/NTM.18629

## 1 Inleiding

Tijdens de Nederlandse coronacrisis kondigden de daartoe bevoegde overheidsorganen een veelvoud aan zogeheten coronamaatregelen af: noodmaatregelen die dienen ter bescherming van de volksgezondheid tegen de longziekte COVID-19.<sup>1</sup> Met dergelijke maatregelen geeft de Nederlandse overheid uitvoering aan de positieve verplichting ‘*to take all appropriate steps to safeguard life*’ uit het recht op leven ex artikel 2 EVRM.<sup>2</sup> De maatregelen geven echter niet uitsluitend uitvoering aan het EVRM, zij beperken daarnaast niet zelden daarin neergelegde

■ Mr. W.J. Westerhof is promovendus en docent aan de Rijksuniversiteit Groningen (RUG). Dit artikel is gebaseerd op de scriptie die hij schreef in het kader van de master Rechtswetenschappelijk onderzoek aan de RUG. Momenteel werkt hij aan een proefschrift dat sterk samenhangt met het onderwerp van dit artikel. De auteur dankt Adriaan Wierenga voor de vele enthousiasmerende en informatieve gesprekken die hebben geleid tot interesse in het noodrecht en de totstandkoming van dit artikel. Daarnaast dankt hij Michelle Bruijn, Berend Roorda en Brigit Toebees voor de fijne begeleiding en alle nuttige commentaren tijdens het schrijven van dit artikel.

1 Voor een uitgebreid overzicht van het gebruik van noodrecht tijdens de coronacrisis, zie: A.J. Wierenga, ‘De ongekende opleving van het noodrecht in de coronacrisis’, *AA* 2021,7/8, p. 660-670.

2 Zie onder andere: EHRM (GK) 30 november 2004, 4839/99 (*Öneriyildiz/Turkije*), r.o. 89-90; EHRM 19 december 2017, 56080/13, r.o. 165 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*); EHRM 5 november 2020, 18108/20, r.o. 9 (*Le Mailloux/Frankrijk*).

rechten. Daarbij gaat het vaak om beperkingen op het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM).<sup>3</sup> Zo geeft een bezoekbeperking in de thuissituatie, maar ook een maatregel van vaccinatiedrang of een mondkapjesplicht uitvoering aan het recht op leven, maar beperkt de maatregel het recht op eerbiediging van het privéleven.

De coronacrisis maakte het voor EVRM-verdragsstaten vaak moeilijk om volledig te voldoen aan alle verplichtingen uit artikel 2 en 8 EVRM. Als een verdragsstaat middels een contactverbod transmissie van het coronavirus wil verminderen en daarmee het recht op leven wil beschermen, dan ontkomt hij er niet aan zich op enige wijze te mengen in beschermde aspecten van het privéleven van die personen. In een dergelijk geval is er sprake van een mensenrechtenbotsing tussen het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>4</sup> In geval van een dergelijke botsing moet er worden gezocht naar een uitkomst waarin de verplichtingen uit beide rechten zo veel mogelijk worden nageleefd en waarin in ieder geval geen disproportionele beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven plaatsvindt.<sup>5</sup> Het zoeken naar een dergelijke uitkomst kan worden omschreven als het afwegen van botsende mensenrechten.

Aangezien de Nederlandse autoriteiten bij het afkondigen van coronamaatregelen gehouden zijn om het recht op eerbiediging van het privéleven niet disproportioneel te beperken is het interessant om te achterhalen in hoeverre en op welke wijze het recht op leven expliciet is afgewogen tegen het recht op eerbiediging van het privéleven. Daarnaast maakt een analyse van de afweging tussen deze rechten tijdens de coronacrisis het mogelijk om middels normatief juridisch onderzoek vast te stellen in hoeverre de gemaakte afwegingen en de uitkomsten daarvan in lijn zijn met mensenrechtelijke verplichtingen. Dit is in het bijzonder relevant met het oog op toekomstige noodsituaties waarbij nieuwe afwegingen moeten plaatsvinden. De centrale onderzoeksvraag van dit artikel is daarom:

*In hoeverre hebben de Nederlandse autoriteiten het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM) expliciet tegen elkaar afgewogen bij het afkondigen van coronamaatregelen en bestaan daarbij verschillen tussen Nederland en een andere EVRM-verdragsstaat, te weten België?*<sup>6</sup>

Ter beantwoording van deze onderzoeksvraag analyseer ik in hoeverre de Nederlandse en Belgische noodregelgever (bij het afkondigen van coronamaatregelen) en formele wetgever (bij het creëren van de bevoegdheden om coronamaatregelen af te kondigen) een expliciete afweging maakten tussen het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven ten aanzien

3 Het recht op eerbiediging van het privéleven, maakt deel uit van het bredere recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Ik richt me in dit artikel uitsluitend op het privéleven. Daarom spreek ik steeds van 'het recht op eerbiediging van het privéleven'.

4 Het EHRM besprak reeds impliciet dat bij het treffen van coronamaatregelen sprake kan zijn van een botsing tussen mensenrechten. Zie: EHRM 15 maart 2022, 21881/20, r.o. 84 (*Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)/ Zwitserland*). Zie over het bestaan van mensenrechtenbotsingen: S. Smet, 'On the Existence and Nature of Conflicts between Human Rights at the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 2017/7, p. 499-521.

5 De beperkingensystematiek van art. 8 EVRM laat immers beperking ten behoeve van rechten van anderen toe (waaronder het recht op leven), maar vereist dat die beperkingen noodzakelijk is in een democratische samenleving. Uit de noodzakelijkheidseis volgt onder meer dat de beperking proportioneel moet zijn.

6 België leent zich goed voor een vergelijking met Nederland omdat beide landen 1) EVRM-verdragsstaat zijn, 2) een gezondheids crisis ten gevolge van COVID-19 hebben doorgemaakt die ongeveer gedurende dezelfde periode plaatsvond en 3) soortgelijke maatregelen hebben getroffen.

van drie typen nationaal geldende coronamaatregelen: bezoekbeperkingen in de thuissituatie, maatregelen van vaccinatiedrang en mondkapjesplichten.<sup>7</sup> Met expliciete weging doel ik op een afweging waarbij het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven expliciet zijn genoemd. Ik heb de genoemde typen maatregelen gekozen om de omvang van dit artikel te beperken en omdat de maatregelen die daaronder vallen allen uitvoering geven aan het recht op leven, terwijl ze het recht op eerbiediging van het privéleven beperken. Daarnaast hebben de maatregelen gedurende verschillende periodes van de coronacrisis gegolden, waardoor de analyse een duidelijk beeld kan scheppen over veranderingen in de mate en wijze van afweging over tijd. Het onderzoek beslaat de periode tussen 13 maart 2020 – de dag dat de eerste Nederlandse dwingende coronamaatregel op nationaal niveau in werking trad – en 23 maart 2022 – de dag dat de laatste coronamaatregelen werden ingetrokken.<sup>8</sup>

De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 bespreek ik de gebruikte onderzoeksmethoden. In paragraaf 3 bespreek ik de voor dit artikel relevante mensenrechtelijke verplichtingen. In paragraaf 4 analyseer ik in hoeverre de botsende rechten zijn afgewogen in Nederland en België en in paragraaf 5 vergelijk ik de resultaten van deze analyse. Ik sluit in paragraaf 6 af met een conclusie.

## 2 Methoden

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden analyseer ik alle toelichtingen bij de relevante coronamaatregelen op systematische wijze.<sup>9</sup> In het geval van Nederland gaat het om de toelichtingen bij: 1) de aanwijzingen die de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) gaf aan de 25 voorzitters van veiligheidsregio's om hen op te dragen coronamaatregelen neer te leggen in een noodverordening,<sup>10</sup> 2) de noodverordeningen zelf en 3) de ministeriële regelingen die na inwerkingtreding van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 (Twm covid-19) zijn ingezet om maatregelen te treffen.<sup>11</sup> In het geval van België gaat het om twee soorten toelichtingen, namelijk die bij: 1) de ministeriële besluiten waarin tot 4 oktober 2021 coronamaatregelen werden neergelegd en 2) de koninklijke besluiten die na 4 oktober 2021 – de dag van inwerkingtreding

7 Een maatregel van vaccinatiedrang is een maatregel die de keuzevrijheid om een vaccinatie te ondergaan verkleint, bijvoorbeeld door toegang tot het maatschappelijk leven afhankelijk te stellen van vaccinatie.

8 Zie ten aanzien van Nederland: *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, nr. 124; 'Verslag van de plenaire vergadering van dinsdag 17 mei 2022', *eerstekamer.nl*. De eerste Belgische maatregel trad op 13 maart 2020 in werking (Ministerieel besluit van 13 maart 2020, *Belgisch Stb.* 2020, 30303). De laatste Belgische maatregelen vervielen op 14 maart 2022 van rechtswege ([www.crisiscentrum.be/nl/newsroom/einde-federale-fase-covid-19](http://www.crisiscentrum.be/nl/newsroom/einde-federale-fase-covid-19)). Derhalve vallen alle relevante Belgische coronamaatregelen binnen de onderzochte periode.

9 De systematische analyse van tekstueel materiaal heet *systematic content analysis*. Deze methode vergroot de repliceerbaarheid en daarom betrouwbaarheid van de resultaten van de analyse van grote hoeveelheden tekstueel materiaal. Zie: M. Salehijam, 'The Value of Systematic Content Analysis in Legal Research', *Tilburg Law Review* 2018,(1)23, p. 35.

10 De aanwijzingsbevoegdheid werd door de Minister gebaseerd op art. 7 Wet publieke gezondheid (Wpg) jo. art. 39 Wet veiligheidsregio's.

11 Een in een noodverordening neergelegde maatregel kwalificeert in principe niet als nationaal geldende regel. Strikt genomen vallen deze maatregelen daarom buiten het bereik van dit artikel. Desalniettemin analyseer ik de toelichtingen bij de noodverordeningen omdat de noodverordeningbevoegdheid van maart tot december 2020 werd ingezet om een lappendeken van nagenoeg gelijklopende coronamaatregelen af te kondigen door het hele land. Zie: Wierenga 2021 (*supra* noot 1), p. 663.

van de Belgische Pandemiewet – werden ingezet om de maatregelen te treffen.<sup>12</sup> Naast de toelichtingen bij de maatregelen, analyseer ik op systematische wijze de memories van toelichting bij de Twm covid-19 en de Belgische Pandemiewet.<sup>13</sup>

Ik heb de geselecteerde documenten systematisch geanalyseerd door steeds vast te stellen welke onderdelen van de tekstinformatie over mensenrechten bevatten en deze te lezen. Ter voorkoming van het missen van relevante passages heb ik de documenten vervolgens geanalyseerd aan de hand van een vaste set zoekcriteria, te weten 'EVRM', 'Europees verdrag', 'mensenrecht', 'grondrecht', 'botsing', 'recht op', 'weging', 'wegen' en 'gewogen'. Aan de hand van de systematische analyse verzamel ik kwalitatieve data over de manier waarop botsende mensenrechten zijn afgewogen. Het gaat om beschrijvende tekstuele data die bestaat uit geïdentificeerde patronen en trends ten aanzien van expliciete wegingen. Ik blijf uitdrukkelijk weg van het identificeren van impliciete wegingen door middel van het interpreteren van de tekst van de geselecteerde documenten.<sup>14</sup>

Het is belangrijk om te benadrukken dat de analyse van de genoemde toelichtingen geen volledig beeld geeft van de manier waarop botsende mensenrechten zijn afgewogen tijdens de coronacrisis. Het is niet uit te sluiten dat een analyse van andere documenten (zoals andere parlementaire documenten of notulen van vergaderingen van de Ministeriële Commissie COVID 19) een ander beeld geeft dan de analyse van de door mij onderzochte toelichtingen.

Om de Nederlandse en Belgische weging van botsende mensenrechten te vergelijken, maak ik gebruik van functioneel rechtsvergelijkend onderzoek. Deze methode dient ertoe verschillen en overeenkomsten tussen de juridische aanpak van een maatschappelijk probleem van twee of meer rechtssystemen bloot te leggen en die verschillen en overeenkomsten te verklaren.<sup>15</sup> Adams onderscheidt vier stappen voor functioneel rechtsvergelijkend onderzoek. Stap een en twee zijn (1) het identificeren en (2) het beschrijven van het onderwerp van de vergelijking. Stap drie en vier zijn (3) het beschrijven en (4) het verklaren van de gevonden verschillen en overeenkomsten.<sup>16</sup> Stap een en twee zet ik in paragraaf 4. Stap drie en vier in paragraaf 5. Bij gebruik van de functionele methode is het mogelijk om oog te hebben voor andere dan puur juridische verklaringen voor de geïdentificeerde verschillen en overeenkomsten.<sup>17</sup>

### 3 Leven versus privéleven

12 Tussen 13 maart 2020 en 14 augustus 2021 werden de Belgische maatregelen neergelegd in ministeriële besluiten, gebaseerd de Wet op de civiele bescherming, de Wet op de civiele veiligheid en de Wet op het politieambt (zie bijvoorbeeld: Ministerieel besluit van 13 maart 2020 (*Belgisch Stb.* 2020, 30303). Op 4 oktober 2021 trad de Pandemiewet in werking, op basis waarvan vanaf die datum per koninklijk besluit coronamaatregelen werden afgekondigd (zie bijvoorbeeld: Koninklijk besluit van 28 oktober 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 42994).

13 Deze wetten werden tijdens de coronacrisis ingevoerd om te voorzien in een wettelijke basis voor de coronamaatregelen. De Twm covid-19 voegde een hoofdstuk toe aan de Wpg.

14 Een impliciete afweging is het wegen van belangen die door het recht op leven, dan wel het recht op eerbiediging van het privéleven worden beschermd, zonder daarbij die rechten expliciet te noemen.

15 G. Dannemann, 'Comparative law: study of similarities or differences', in: M. Reimann & R. Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 416.

16 M. Adams, 'Wat de rechtsvergelijking vermag', *AA* 2011/3.

17 Adams 2011 (*supra* noot 16), p. 192-201, p. 200.

In deze paragraaf leg ik uit welke verplichtingen uit het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven een rol speelden bij de onderzochte coronamaatregelen. Daartoe bespreek ik allereerst de negatieve verplichtingen die voortvloeien uit het recht op eerbiediging van het privéleven (paragraaf 3.1). Vervolgens komt de positieve verplichting uit het recht op leven aan bod (paragraaf 3.2). Ten slotte ga ik in paragraaf 3.3 in op het concept mensenrechtenbotsing en de weging van botsende mensenrechten.

### 3.1 Negatieve verplichtingen uit het recht op eerbiediging van het privéleven

Uit EVRM-rechten kunnen zowel negatieve als positieve verplichtingen voortvloeien. Een negatieve verplichting houdt in dat een verdragsstaat iets moet nalaten. Bij een positieve verplichting moet een verdragsstaat zich juist inspannen.<sup>18</sup> Het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM) biedt in zijn tweede lid een duidelijk voorbeeld van een negatieve verplichting. In dat artikellid staat namelijk dat ‘geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van’ het recht op respect voor eenieders privé-, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie. Deze en andere bepalingen uit het EVRM zijn enigszins abstract. Daarom legt het EHRM in zijn rechtspraak uit welke concrete negatieve verplichtingen voortvloeien uit de verschillende mensenrechten die het EVRM kent.<sup>19</sup> Ik bespreek de voor dit artikel relevante uitspraken van het EHRM.

Een bekende door het EHRM geëxpliciteerde negatieve verplichting uit het recht op eerbiediging van het privéleven is de verplichting om niet in te grijpen in de morele, psychische en fysieke integriteit van individuen.<sup>20</sup> Met name de plicht om fysieke integriteit te respecteren speelde tijdens de coronacrisis een belangrijke rol. Die plicht brengt onder meer mee dat een verplichte medische interventie, zoals een verplichte vaccinatie, in de regel een ongerechtvaardigde beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven oplevert.<sup>21</sup> Veel landen, waaronder Nederland en België, bleven tijdens de coronacrisis mogelijk om die reden weg van maatregelen die vaccinatie*wang* opleveren. De Nederlandse en Belgische regering troffen in plaats daarvan maatregelen die (in bepaalde mate) vaccinatie*drang* opleveren. Een maatregel van vaccinatie*drang* houdt volgens de Gezondheidsraad geen directe verplichting tot vaccinatie in, maar beperkt de vrijheid om een vaccinatie te weigeren.<sup>22</sup> Hierbij kan worden gedacht aan een maatregel die het mogelijk maakt om bij vaccinatie toegang te krijgen tot activiteiten en locaties die niet toegankelijk zijn voor ongevaccineerde personen.<sup>23</sup> Het is niet in zijn algemeen-

18 A.J. Nieuwenhuis, M. Den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 143.

19 Zie bijvoorbeeld: EHRM 6 september 1978, 5029/71, r.o. 41 (*Klass e.a./Duitsland*); EHRM 15 november 2007, 12566/03, r.o. 35 (*Pfeifer/Oostenrijk*); EHRM 10 april 2007, 6339/05, r.o. 71 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

20 EHRM 26 maart 1985, 8978/80 r.o. 22 (*X en Y/Nederland*); EHRM 27 juli 2004, 55480/00, r.o. 43 (*Džiautas/Litouwen*); EHRM 4 december 2008, 30562/04, r.o. 66 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 5 maart 2009, 38478/05, r.o. 31 (*Sandra Janković/Kroatië*).

21 EHRM 22 juli 2003, 24209/94, r.o. 33 (*Y.F./Turkije*).

22 Gezondheidsraad, ‘Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie’, advies nr. 2021/03, 4 februari 2021.

23 In Nederland werd bijvoorbeeld bepaald dat men na vaccinatie (of het tonen van een negatieve coronatestuitslag) middels een zogeheten coronatoegangsbewijs toegang kon verkrijgen tot horecagelegenheden, musea en evenementen. Zie: Art. I onderdeel E Ministeriële regeling van 11 juni 2021 (*Stcrt.* 2021, 33032). In België werd volledige vaccinatie als voorwaarde gesteld voor ontheffing van inreisverboden. Zie: Art. 16 en 21 ministerieel besluit van

heid vast te stellen in hoeverre het EVRM een maatregel van vaccinatiedrang tijdens de coronacrisis toestaat, maar duidelijk is wel dat dit een beperking op het recht op eerbiediging van het privéleven oplevert.<sup>24</sup> Vaccinatiedrang beperkt de keuzevrijheid om vaccinatie te weigeren, waardoor de autonomie over het eigen lichaam, oftewel de fysieke integriteit, wordt beperkt.

Een tweede negatieve verplichting die een belangrijke rol speelde tijdens de coronacrisis is de verplichting voor EVRM-verdragsstaten om zich niet te mengen in de fysieke identiteit van individuen.<sup>25</sup> In *S.A.S./Frankrijk* legt het EHRM uit dat de plicht om de fysieke identiteit van individuen te respecteren onder meer inhoudt dat verdragsstaten zich in beginsel niet mogen mengen in de persoonlijke keuzes van individuen ten aanzien van hun uiterlijk. Zo vormt een maatregel die kapsel- en kledingkeuzes beperkt een beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>26</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat de tijdens de coronacrisis ingevoerde mondkapjesplichten een beperking vormen op dit recht op vrijheid van kledingkeuze.

Een laatste tweetal relevante negatieve verplichtingen uit het recht op eerbiediging van het privéleven is de verplichting om de woning van een individu te respecteren (ook wel het huisrecht genoemd) en de verplichting om niet in te grijpen in de mogelijkheid van individuen om relaties te ontwikkelen en onderhouden.<sup>27</sup> Het recht op respect voor de woning volgt expliciet uit de tekst van artikel 8 lid 1 EVRM. Onder 'woning' valt de plek waar een individu verblijft en zijn privé- en gezinsleven uitoefent en waarbij sprake is van voldoende en voortdurend gebruik.<sup>28</sup> Ook verblijfplaatsen in zorginstellingen kunnen daarom onder het recht op respect voor de woning vallen. Het voor korte tijd in Nederland geldende algehele verbod op samenkomsten – waarbij samenkomsten in de thuissituatie niet werden uitgezonderd – en het voor langere tijd geldende algehele bezoekverbod voor zorginstellingen beperken dit recht evident.<sup>29</sup> Hetzelfde geldt voor de Belgische maximering van het aantal bezoekers in de thuissituatie.<sup>30</sup>

Ten aanzien van het recht om relaties te ontwikkelen en onderhouden heeft het EHRM geoordeeld dat het aangaan en onderhouden van relaties belangrijk is voor de ontwikkeling van sociale identiteit. De ontwikkeling van sociale identiteit is deel van het privéleven van individuen dat de verdragsstaten in beginsel dienen te respecteren.<sup>31</sup> Verdragsstaten hebben op grond van dit recht een negatieve verplichting om zich niet te mengen in de mogelijkheid

23 juni 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 10037).

24 EHRM 8 april 2021, 47621/13, r.o. 261-263 (*Vavrička e.a./Tsjechië*). Een aantal relevante gezichtspunten die het EHRM gebruikt bij het beoordelen of een regel van vaccinatiedrang proportioneel is, is te vinden in: EHRM 8 april 2021, 47621/13, r.o. 274-310 (*Vavrička e.a./Tsjechië*).

25 EHRM 7 februari 2002, 53176/99, r.o. 53 (*Mikulić/Kroatië*); EHRM 29 april 2002, 2346/02, r.o. 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (GK) 1 juli 2014, 43835/11 (*S.A.S./Frankrijk*), par. 107.

26 EHRM (GK) 1 juli 2014, 43835/11, r.o. 107 (*S.A.S./Frankrijk*).

27 EHRM 16 december 1992, 13710/88, r.o. 29 (*Niemietz/Duitsland*); EHRM 7 februari 2002, 53176/99, r.o. 53 (*Mikulić/Kroatië*); EHRM 18 oktober 2006, 46410/99, r.o. 59 (*Üner/Nederland*); EHRM 4 december 2008, 30562/04, r.o. 66 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

28 EHRM 24 november 1986, 9063/80, r.o. 46 (*Gillow/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 september 1996, 20348/92 (*Buckley/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 november 2004, 58255/00, r.o. 54 (*Prokopovich/Rusland*), par. 36-37; EHRM 2 november 2006, 59909/00, r.o. 76 (*Giacomelli/Italië*).

29 Zie bijvoorbeeld: art. 2.1 en 2.9 Noodverordening van 26 maart 2020 van de voorzitter van de veiligheidsregio Gooi en vechtstreek (*Gemeenteblad* 2020, 84202); A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, 'Coronacrisis en het recht (deel 6). 'De inhoud van de maatregelen van 23 maart', *openbareorde.nl* 29 maart 2020.

30 Zie bijvoorbeeld: art. 15 ministerieel besluit van 28 oktober 2020 (*Belgisch Stb.* 2020, 10455).

31 EHRM 28 mei 2009, 26713/05, r.o. 22 (*Bigaeva/Griekenland*).

van een individu om relaties te ontwikkelen en te onderhouden. Door een maximering van het aantal toegestane bezoekers in de thuissituatie of een algeheel verbod daarop wordt het aangaan van nieuwe relaties en het onderhouden van bestaande relaties bemoeilijkt of zelfs onmogelijk gemaakt; zeker voor personen die niet goed in staat zijn anderen digitaal te ontmoeten.<sup>32</sup>

### 3.2 Positieve verplichting uit het recht op leven

Om de rechten uit het EVRM betekenis te geven en om het doel ervan te verwezenlijken, moeten verdragsstaten in sommige gevallen in plaats van iets nalaten juist overgaan tot actie; ze hebben dan een positieve verplichting. Sinds het einde van de jaren tachtig zijn er steeds meer positieve verplichtingen ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM.<sup>33</sup> Zo bestaat er ten aanzien van het recht op leven inmiddels een breed palet aan positieve verplichtingen.<sup>34</sup> Een voorbeeld betreft de verplichting ‘to take all appropriate steps to safeguard life’ uit het recht op leven die in dit artikel centraal staat. Deze positieve verplichting vindt zijn oorsprong in de *Öneryildiz/Turkije*-uitspraak uit 2004. De feiten van die zaak zijn als volgt. Een vuilnisbelt in Istanboel levert een gevaarlijke situatie op voor omwonenden. In 1991 wordt over deze situatie gerapporteerd door experts. De Turkse overheid treft naar aanleiding van het rapport geen maatregelen. In 1993 vindt een methaanexplosie plaats op de vuilnisbelt die leidt tot het overlijden van 39 personen. Nabestaanden klagen bij het EHRM dat de Turkse staat door nalatigheid het recht op leven heeft geschonden.<sup>35</sup> Het Hof stelt hen in het gelijk en overweegt dat verdragsstaten op grond van artikel 2 EVRM niet alleen een negatieve verplichting hebben om zich te onthouden van het nemen van levens, maar ook een positieve verplichting hebben ‘to take all appropriate steps to safeguard life’. Door geen maatregelen te treffen tegen de gevaren van de vuilnisbelt, heeft de Turkse overheid volgens het EHRM niet voldaan aan deze verplichting en daarmee het recht op leven geschonden.<sup>36</sup>

Het EHRM heeft de in *Öneryildiz/Turkije* ingezette lijn verder uitgewerkt in een aantal latere uitspraken. Zo oordeelt het Hof dat de inspanningsverplichting om levens te beschermen ook geldt bij (dreigende) natuurrampen en ernstige en dodelijke ongelukken.<sup>37</sup> In *Lopes de Sousa Fernandes/Portugal* verbreedt het EHRM het toepassingsbereik van de verplichting door te stellen dat de verplichting geldt ten aanzien van ieder soort gevaarlijke situatie, inclusief gevaarlijke situaties in het domein van de publieke gezondheid.<sup>38</sup> Tijdens de coronacrisis maakte het EHRM in *Le Mailloux/Frankrijk* duidelijk dat de coronacrisis als een dergelijke gevaarlijke situatie in het domein van de publieke gezondheid kwalificeert. In die zaak stelt de verzoeker dat Frankrijk

32 M.A.D.W. De Jong, ‘Onder druk wordt alles vloeibaar. Over noodverordeningen en het wetsvoorstel Tijdelijke wet maatregelen covid-19 in relatie tot de persoonlijke levenssfeer’, *TvCR* 2020,(11)4, p. 367-368.

33 Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017 (*supra* noot 18), p. 149. Het EHRM oordeelde in 1998 voor het eerst dat het recht op leven ook positieve verplichtingen inhoudt, zie: EHRM 9 juni 1998, 23413/94, r.o. 36 (*L.C.B./Verenigd Koninkrijk*).

34 J.H. Gerards, ‘Het recht op leven en het doodstrafverbod’, in J.H. Gerards e.a. (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020, p. 279.

35 EHRM (GK) 30 november 2004, 4839/99, r.o. 13-18 (*Öneryildiz/Turkije*).

36 EHRM (GK) 30 november 2004, 4839/99, r.o. 13-18, 89-90 en 97-110 (*Öneryildiz/Turkije*).

37 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, r.o. 128-137 (*Budayeva e.a./Rusland*); EHRM 15 december 2009, 4314/02, r.o. 42-49 (*Kalender/Turkije*).

38 EHRM 19 december 2017, 56080/13, r.o. 164-165 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*).

onder meer het recht op leven schendt door te weinig maatregelen te treffen tegen het coronavirus. Hoewel het Hof het verzoek niet-ontvankelijk verklaart, benadrukt het Hof dat de positieve verplichting uit artikel 2 EVRM ‘to take all appropriate steps to safeguard life’ ook geldt tijdens een uitbraak van een infectieziekte, zoals de uitbraak van COVID-19.<sup>39</sup> Uit *Le Mailloux/Frankrijk* blijkt derhalve dat EVRM-verdragsstaten tijdens de coronacrisis een positieve verplichting hebben om alle stappen te zetten die noodzakelijk zijn om burgers te beschermen tegen de dreiging die de uitbraak van het coronavirus op hun recht op leven vormt.

### 3.3 Mensenrechtenbotsingen

De tekst van het EVRM biedt op zichzelf geen concrete handvatten om bij een mensenrechtenbotsing te bepalen wat de uitkomst van een afweging moet zijn.<sup>40</sup> Daarnaast is de afweging van mensenrechten vaak politiek beladen en de uitkomst van de weging kan afhankelijk zijn van plaatselijke omstandigheden. Het EHRM oordeelt daarom vaak dat verdragsstaten een ruime beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) hebben bij de afweging van botsende mensenrechten.<sup>41</sup> Deze ruime beoordelingsmarge leidt ertoe dat het EHRM van geval tot geval en vaak zonder systematiek beoordeelt of een verdragsstaat een afweging heeft gemaakt die de grenzen van de beoordelingsmarge te buiten gaat.<sup>42</sup> In sommige gevallen oordeelt het EHRM bijvoorbeeld dat er geen hiërarchie tussen EVRM-rechten bestaat, waardoor een balans moet worden gevonden tussen het beschermen van de conflicterende rechten aan de hand van de belangen die met die rechten zijn gediend. In andere gevallen oordeelt het EHRM dat er wel een zekere hiërarchie bestaat, bijvoorbeeld tussen absolute en niet-absolute rechten.<sup>43</sup> De ruime *margin of appreciation* en de daardoor ontstane onduidelijkheid omtrent het wegen van botsende mensenrechten leidt ertoe dat verdragsstaten op verschillende manieren met botsende mensenrechten (kunnen) omgaan. Hierdoor is het temeer interessant om de wijzen van afweging van twee EVRM-verdragsstaten te vergelijken.

## 4 Weging van botsende mensenrechten

39 EHRM 5 november 2020, 18108/20, r.o. 7, 9 en 15 (*Le Mailloux/Frankrijk*).

40 De jurisprudentie van het EHRM bevat ten aanzien van bepaalde botsingen soms wel concrete handvatten, zie bijvoorbeeld: EHRM (GK) 7 februari 2012, 40660/08, r.o. 107-113 (*Von Hannover/Duitsland 2*).

41 Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017 (*supra* noot 18), p. 189; EHRM 20 september 1994, 13470/87, r.o. 55 (*Otto-Premminger-Institut/Oostenrijk*).

42 S. Smet, ‘Conflicts between Human Rights and the ECtHR. Towards a Structured Balancing Test’, in: S. Smet & E. Brems (red.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 41. Volgens Gerards zijn er aanwijzingen dat het Hof deze open *ad hoc* weging zal vervangen door analogieredeneringen en procedurele toetsing, zie: J.H. Gerards, ‘Moving Away from Open Judicial Balancing Review. The European Court of Human Rights’ Approach as Illustrated by Its Case Law Relevant to the Covid-19 Pandemic’, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2023/22, p. 365-383.

43 S. Besson, ‘Human Rights in Relation: A Critical Reading of the ECtHR’s Approach to Conflicts of Rights’, in: S. Smet & E. Brems (red.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 25.



In deze paragraaf bespreek ik de resultaten van de systematische analyse van de relevante toelichtingen. In paragrafen 4.1 en 4.2 beschrijf ik hoe de Nederlandse en de Belgische noodregelgever het recht op leven heeft afgewogen tegen het recht op eerbiediging van het privéleven ten aanzien van bezoekbeperkingen in de thuissituatie. In paragrafen 4.3 en 4.4 doe ik dat ten aanzien van maatregelen van vaccinatiedrang en in paragrafen 4.5 en 4.6 ten aanzien van mondkapjesplichten. Vervolgens beschrijf ik in paragrafen 4.7 en 4.8 hoe de Nederlandse en de Belgische wetgever de eerdergenoemde rechten heeft afgewogen zoals blijkt uit de memories van toelichting bij onderscheidenlijk de Twm covid-19 en de Pandemiewet.

#### 4.1 Bezoekbeperkingen in Nederland

Uit de systematische inhoudsanalyse van de vijf aanwijzingen die de Minister van VWS naar de voorzitters van de veiligheidsregio's zond in het kader van bezoekbeperkingen in de thuissituatie blijkt geen expliciete afweging tussen het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>44</sup> Mensenrechten worden zelfs in het geheel niet besproken. Ook in de toelichtingen bij bezoekbeperkingen in noodverordeningen is geenszins ingegaan op mensenrechten.<sup>45</sup>

Met de inwerkingtreding van de Twm covid-19 op 1 december 2020 werden alle bezoekbeperkingen in de thuissituatie losgelaten. In de memorie van toelichting bij de Twm covid-19 legt de regering uit dat de maatregelen worden losgelaten omdat er geen maatschappelijke behoefte is om het recht op respect voor de woning te beperken ten behoeve van de bestrijding van het coronavirus (zie paragraaf 4.7).

#### 4.2 Bezoekbeperkingen in België

Voor de invoering, wijziging en intrekking van de Belgische bezoekbeperkingen in de thuissituatie zijn in totaal veertien ministeriële besluiten en één koninklijk besluit genomen.<sup>46</sup> In de toelichtingen bij de eerste zeven van deze besluiten wordt niet gesproken over mensenrechten. In de toelichting bij het (achtste) ministerieel besluit van 18 oktober 2020 – zeven maanden na afkondiging van de eerste maatregelen – worden het recht op leven en het recht op gezondheid voor het eerst genoemd.<sup>47</sup> De bespreking van die rechten vindt niet plaats in het kader van bezoekbeperkingen, maar in het kader van de op dat moment geldende avondklok.<sup>48</sup>

44 Het gaat om de volgende aanwijzingen: Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de voorzitters van de veiligheidsregio's van 20 maart 2020 (kenmerk 1665126-203432-PG), 24 maart 2020 (kenmerk 1666478-203555-PG), 26 mei 2020 (kenmerk 1693632-205523-PG), 11 juni 2020 (kenmerk 1792594-206674-PG) en 30 november 2020 (kenmerk 1790564-215027-PDC-19).

45 Zie bijvoorbeeld: Toelichting Noodverordening COVID-19 veiligheidsregio Kennemerland 1 juni 2020.

46 Het gaat om de ministeriële besluiten van 8 mei 2020, 20 mei 2020, 30 mei 2020, 5 juni 2020, 30 juni 2020, 28 juli 2020, 8 oktober 2020, 18 oktober 2020, 28 oktober, 28 november 2020, 12 januari 2021, 6 maart 2021, 7 mei 2021 en 4 juni 2021, alsmede het Koninklijk besluit van 28 oktober 2021.

47 Laatstgenoemd mensenrecht wordt onder meer beschermd door art. 12 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR). Het EVRM bevat geen specifiek recht op gezondheid. Art. 2 EVRM speelt soms wel een rol bij de bescherming van gezondheid. Zie: J.H. Gerards, 'Het recht op gezondheid', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020, p. 446-451.

48 Toelichting ministerieel besluit van 18 oktober 2020 (*Belgisch Stb.* 2020, 31557).

Tot aan het dertiende ministeriële besluit – die van 7 mei 2021 – blijft een bespreking van bij de bezoekbeperkingen betrokken mensenrechten achterwege. De toelichting bij het besluit van 7 mei vermeldt voor het eerst dat ‘de maatregelen houdende een beperking en omkadering van samenscholingen nog steeds onontbeerlijk en proportioneel zijn om het fundamentele recht op leven en gezondheid van de bevolking te vrijwaren’. Daarbij is niet ingegaan op mensenrechten die door de bezoekbeperkingen worden beperkt, zoals het recht op eerbiediging van het privéleven. In dezelfde toelichting (7 mei 2021) is overigens ook voor het eerst gesproken over het recht op eerbiediging van het privéleven. Dit gebeurt in het kader van regels die betrekking hebben op huishoudens, niet in het kader van bezoekbeperkingen.<sup>49</sup>

Een eerste expliciete vermelding van het EVRM vindt plaats in de laatste toelichting bij een bezoekbeperking, die bij het Koninklijk besluit van 28 oktober 2021. De regering noemt artikel 2 EVRM als een overweging die heeft meegespeeld bij afkondiging van de maatregelen (in brede zin). Een link met een specifieke maatregel ontbreekt. Daarnaast ontbreekt uitleg over de reden dat de maatregelen noodzakelijk zijn in het kader van artikel 2 EVRM.<sup>50</sup>

Kortom: ook in België is geen expliciete aandacht voor mensenrechtenbotsingen in het kader van bezoekbeperkingen. Desalniettemin lijkt er ten opzichte van Nederland meer aandacht te zijn voor mensenrechten. In het geval van België is een toename in aandacht te zien na verloop van tijd. Het is belangrijk hierbij op te merken dat de Nederlandse bezoekbeperkingen relatief vroeg zijn ingetrokken. Als de beperkingen langer hadden voortgeduurd, was er mogelijk – net als in België – in een later stadium meer aandacht geweest voor mensenrechten in het kader van bezoekbeperkingen. De bespreking van mensenrechten is in België overigens vooral gericht op de mensenrechten die de maatregelen rechtvaardigen; mensenrechten die door de maatregelen worden beperkt blijven veelal buiten bespreking.

#### 4.3 Maatregelen van vaccinatiedrang in Nederland

De Nederlandse maatregelen van vaccinatiedrang zijn uitsluitend in ministeriële regelingen op basis van de Twm covid-19 neergelegd.<sup>51</sup> Vaccins waren namelijk pas na inwerkingtreding van de Twm covid-19 beschikbaar.

De ministeriële regeling van 11 juni 2021 bevat de eerste Nederlandse vaccinatiemaatregel: middels het zogeheten coronatoegangsbewijs kunnen gevaccineerden toegang krijgen tot bijvoorbeeld horecagelegenheden en evenementen. De ministers die bevoegd zijn tot het afkondigen van coronamaatregelen na inwerkingtreding van de Twm covid-19 – de Ministers van VWS, Justitie en Veiligheid (J&V) en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) – verklaren in de toelichting dat de maatregel raakt aan ‘grondrechten met betrekking tot met name de lichamelijke integriteit en de privacy’ ex artikel 11 en 10 Grondwet; de Nederlandse equivalenten van het recht op eerbiediging van het privéleven uit artikel 8 EVRM. Vervolgens benoemen

49 Toelichting ministerieel besluit van 7 mei 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 31513).

50 Toelichting koninklijk besluit van 28 oktober 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 42995).

51 De Nederlandse maatregelen van vaccinatiedrang werden ingesteld, gewijzigd of ingetrokken in de ministeriële regelingen van de volgende data: 11 juni 2021, 18 juni 2021, 9 juli 2021, 5 augustus 2021, 14 september 2021, 4 november 2021, 24 januari 2022, 25 januari 2022 (*Stcrt.* 2022, 3238), 25 januari 2022 (*Stcrt.* 2022, 3754), 15 februari 2022 en 15 maart 2022.

de ministers dat een beperking van dergelijke grondrechten mogelijk is, maar dat daarbij aan artikel 58b Wpg moet zijn voldaan. Dit artikel is middels de Twm covid-19 toegevoegd aan de Wpg en bevat eisen uit de beperkingensystematiek van het EVRM: maatregelen moeten noodzakelijk zijn, overeenstemmen met de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat en moeten proportioneel en subsidiair zijn. De ministers vermelden dat de maatregel aan deze eisen voldoet. De maatregel is proportioneel vanwege de relatief geringe grondrechtenbeperking en de tijdelijke en voorwaardelijke gelding. Daarnaast is de bescherming van de volksgezondheid een belang dat een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt. Tenslotte beperkt de maatregel de transitie van het coronavirus effectief.<sup>52</sup>

In de toelichting bij de ministeriële regeling van 18 juni 2021 – die het voor gevaccineerden mogelijk maakt om vanuit een door de Minister van VWS aangewezen hoog risicogebied naar Nederland te reizen – verklaren de ministers dat het gehele op dat moment geldende pakket aan coronamaatregelen enkele beperkingen van onder meer het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oplevert. Het pakket is desalniettemin noodzakelijk omdat het risico op verspreiding van het virus hoog blijft vanwege eerder versoepelde maatregelen.<sup>53</sup> Deze argumentatie ontbreekt weer in de volgende twee toelichtingen (9 juli en 5 augustus 2021),<sup>54</sup> maar in de daaropvolgende toelichting (14 september 2021) is de argumentatie wel opgenomen.<sup>55</sup>

De eerstvolgende relevante ministeriële regeling (4 november 2021) – die het onder meer mogelijk maakt om met vaccinatie toegang te krijgen tot sportlocaties – kent een toelichting met een relatief uitgebreide sectie over zowel de grond- als mensenrechtelijke aspecten van de maatregelen. In die sectie benoemen de ministers dat er een grondrechtelijke plicht is om de volksgezondheid te beschermen (artikel 22 Grondwet). De coronamaatregelen, waarmee aan deze plicht wordt gepoogd te voldoen, raken tegelijkertijd aan het recht op privacy en het recht op lichamelijke integriteit ex artikel 8 EVRM. Laatstgenoemde rechten hebben echter gemeen dat zij niet absoluut zijn, zo merken de ministers op. Zij geven vervolgens te kennen dat zij de rechten uit artikel 8 EVRM hebben afgewogen tegen artikel 22 Grondwet. Zij concluderen dat artikel 22 Grondwet het noodzakelijk maakt om de coronamaatregelen te gebruiken ter bestrijding van het coronavirus, ondanks de beperkingen op artikel 8 EVRM die daarvan het gevolg zijn. Bij de afweging betrekken de ministers onder meer de uitvoerbaarheid en de sociaalmaatschappelijke en economische impact van de maatregelen.<sup>56</sup> Het recht op leven blijft hierbij buiten bespreking.

De toelichtingen bij latere ministeriële regelingen geven soms interessante aanvullingen op de weging uit toelichting van 4 november. Zo benoemen de ministers in de toelichting bij de ministeriële regeling van 25 januari 2022 dat nieuwe inzichten over de effectiviteit van het coronatoegangsbevijs kunnen maken dat de balans tussen grond- en mensenrechtelijke verplichtingen kan verschuiven.<sup>57</sup> Daarnaast bevat de ministeriële regeling van 15 februari 2022 de toelichting dat de regering meer gewicht wil toekennen aan het verminderen van de negatieve gevolgen van de maatregelen, waardoor inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, oftewel

52 Toelichting ministeriële regeling van 11 juni 2021 (*Stcrt.* 2021, 33032).

53 Toelichting ministeriële regeling van 18 juni 2021 (*Stcrt.* 2021, 32575).

54 Toelichting ministeriële regeling van 9 juli 2021 (*Stcrt.* 2021, 35717); Toelichting ministeriële regeling van 5 augustus 2021 (*Stcrt.* 2021, 38210).

55 Toelichting ministeriële regeling van 14 september 2021 (*Stcrt.* 2021, 41410).

56 Toelichting ministeriële regeling van 4 november 2021 (*Stcrt.* 2021, 46176).

57 Toelichting ministeriële regeling van 25 januari 2022 (*Stcrt.* 2022, 3238).

beperkingen van het recht op eerbiediging van het privéleven, zo veel mogelijk zullen worden voorkomen door het loslaten van het gros van de vaccinatiemaatregelen.<sup>58</sup>

Uit de analyse blijkt dat – net als bij de Belgische bezoekbeperkingen – na verloop van tijd steeds meer aandacht ontstaat voor de mensenrechtelijke aspecten van vaccinatiemaatregelen. Dit is in lijn met de in paragraaf 4.2 besproken verwachting dat bij de Nederlandse bezoekbeperkingen waarschijnlijk ook een groeiende aandacht voor mensenrechtelijke aspecten van de maatregelen zou zij ontstaan als die maatregelen langer hadden gegolden. Noemenswaardig is verder dat in de Nederlandse toelichtingen bij maatregelen van vaccinatiedrang niet alleen steeds meer aandacht is voor mensenrechten, maar dat er ook expliciete weging van rechten plaatsvindt. Het recht op eerbiediging van het privéleven speelde bij deze weging steeds een rol; het recht op leven is geenszins besproken.

#### 4.4 Maatregelen van vaccinatiedrang in België

De eerste Belgische maatregel van vaccinatiedrang – die het mogelijk maakt voor gevaccineerden om naar België te reizen – is geïntroduceerd in het ministerieel besluit van 23 juni 2021.<sup>59</sup> In de toelichting bij dat ministerieel besluit zijn geen mensenrechten besproken.<sup>60</sup> Hetzelfde geldt voor de toelichting voor het ministerieel besluit van 27 september 2021.<sup>61</sup> In de derde toelichting (28 oktober 2021), is – zoals ik besprak in paragraaf 4.2 – aandacht voor het recht op leven. De regering stelt dat dat alle maatregelen noodzakelijk zijn om dat recht te beschermen.

De toelichting bij het vierde en laatste besluit (17 februari 2022) bevat geen aanvullende bespreking van mensenrechten specifiek ten aanzien van vaccinatiemaatregelen. Wel is de rechtvaardiging in algemene zin op basis van het recht op leven overgenomen. Daarnaast geeft de regering voor het eerst aan dat de coronamaatregelen (in algemene zin) een beperking kunnen opleveren van het recht op eerbiediging van het privéleven. De rechtmatigheid van de beperking(en) is niet besproken. Noemenswaardig is dat in het koninklijk besluit van 17 februari 2022 een groot aantal maatregelen wordt versoepeld of losgelaten. Het is opvallend dat het recht op eerbiediging van het privéleven pas bij deze versoepelingen is besproken, ongeveer twee jaar na aanvang van de crisis.<sup>62</sup>

Uit de analyse van de Belgische toelichtingen bij maatregelen van vaccinatiedrang blijkt dat er in vergelijking met Nederland erg weinig aandacht is voor mensenrechten in de toelichtingen op de maatregelen. Hoewel er meer aandacht is voor het recht op leven, is er minder aandacht voor mensenrechten die door de maatregelen worden beperkt en is er geen aandacht voor mensenrechtenbotsingen.

#### 4.5 Mondkapjesplichten in Nederland

58 Toelichting ministeriële regeling van 15 februari 2022 (*Stcrt.* 2022, 5436).

59 De volgende besluiten werden genomen om maatregelen van vaccinatiedrang te invoeren, wijzigen en intrekken: de ministeriële besluiten van 23 juni 2021 en 27 september 2021, alsook de koninklijke besluiten van 28 oktober 2021 en 17 februari 2022.

60 Toelichting ministerieel besluit van 23 juni 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 10037).

61 Toelichting ministerieel besluit van 27 september 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 33368).

62 Toelichting koninklijk besluit van 17 februari 2022 (*Belgisch Stb.* 2022, 30950).

De eerste Nederlandse mondkapjesplichten zijn ingevoerd naar aanleiding van aanwijzingen van de Minister van VWS.<sup>63</sup> Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de plicht voor personen vanaf dertien jaar om in het openbaar vervoer een mondkapje te dragen.<sup>64</sup> Net als bij de aanwijzingen en noodverordeningen over bezoekbeperkingen in de thuissituatie, vermelden de aanwijzingen en noodverordeningen over mondkapjesplichten niets over mensenrechten.<sup>65</sup>

Na invoering van de Twm covid-19 is een elftal ministeriële regelingen afgekondigd voor invoering, wijziging en intrekking van mondkapjesplichten.<sup>66</sup> In de eerste toelichting (19 november 2020) is voor het eerst aandacht besteed aan grondrechten, acht maanden na afkondiging van de eerste coronamaatregel. De ministers stellen dat de coronamaatregelen de uitoefening van grondrechten zo min mogelijk mogen beperken. Waar een maatregel een grondrecht beperkt, moet er zijn voldaan aan de eisen uit Europese mensenrechtenverdragen. Een bespreking van specifieke rechten vindt in de toelichting niet plaats.<sup>67</sup>

In de tweede toelichting (28 mei 2021) besteden de ministers voor het eerst aandacht aan specifieke grondrechten, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Grondwet). Zij geven aan dat de maatregelen onder meer het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer beperken. Deze beperkingen is volgens de ministers echter noodzakelijk vanwege de epidemiologische situatie in Nederland. Welke maatregelen een beperking opleveren blijft buiten beschouwing.<sup>68</sup>

De aandacht voor grondrechten is nog groter in de derde toelichting (18 juni 2021). Deze toelichting bevat een sectie over de grondrechtelijke aspecten van de versoepeling van de mondkapjesplicht die op 18 juni plaatsvindt. Er staat dat 'de verplichting tot het dragen van een mondkapje een beperking kan vormen op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen'. Om deze reden en omdat de epidemiologische situatie rond 18 juni verbeterde, zijn een aantal mondkapjesplichten losgelaten.<sup>69</sup> In deze toelichting is dus voor het eerst een link gelegd tussen een grondrecht en de mondkapjesplichten.

In de volgende toelichting (13 augustus 2021) vindt een eerste weging van botsende rechten plaats. De ministers laten weten dat de beperking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door de mondkapjesplicht in het onderwijs evenredig is vanwege het mensenrecht op gezondheidszorg.<sup>70</sup>

De volgende wijziging van een mondkapjesplicht vindt plaats in de ministeriële regeling van 4 november 2021. Deze regeling besprak ik ook in paragraaf 4.3, omdat zij ook wijziging aanbrengt in maatregelen van vaccinatieplicht. Ik noemde reeds dat in de toelichting van 4 november 2021 relatief veel aandacht is voor de afweging van botsende rechten. Zo benoemen

63 Het gaat om de aanwijzingen van 19 juni 2020, 26 juni 2020, 30 juni 2020, 19 juli 2020, 1 september 2020 en 11 september 2020.

64 Aanwijzing van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de voorzitters van de veiligheidsregio's van 19 juni 2020, kenmerk 1708752-207221-PG.

65 Zie bijvoorbeeld: Aanwijzing van 30 juni 2020; Toelichting Noodverordening COVID-19 Veiligheidsregio Kennemerland 1 juli 2020.

66 Het gaat om de ministeriële regelingen van 19 november 2020, 28 mei 2021, 18 juni 2021, 13 augustus 2021, 4 november 2021, 26 november 2021, 14 januari 2022, 25 januari 2022, 10 februari 2022, 15 februari en 15 maart 2022.

67 Toelichting ministeriële regeling van 19 november 2020 (*Stcrt.* 2020, 62031).

68 Toelichting ministeriële regeling van 28 mei 2021 (*Stcrt.* 2021, 28167).

69 Toelichting ministeriële regeling van 18 juni 2021 (*Stcrt.* 2021, 32575).

70 Toelichting ministeriële regeling van 13 augustus 2021 (*Stcrt.* 2021, 38842).

de ministers dat de grondwettelijke en verdragsrechtelijke positieve verplichting om de volksgezondheid te beschermen botst met onder meer de negatieve verplichting om het recht op privacy ex artikel 8 EVRM te beschermen. In de toelichting maken de ministers een expliciete afweging tussen de conflicterende verplichtingen. Daarbij is geen aandacht voor het recht op leven.

De toelichtingen na 4 november 2021 bevatten veelal geen nieuwe argumenten voor de afweging van botsende mensenrechten. In de toelichting bij de ministeriële regeling van 25 januari 2022 is wel genoemd dat veranderde inzichten over de effectiviteit van de coronamaatregelen ervoor kunnen zorgen dat de balans tussen onder meer het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op gezondheid kan verschuiven. Verder geven de ministers in de toelichting van 15 februari 2022 te kennen dat de op dat moment nog geldende mondkapjesplicht een beperking kan vormen op het recht op eerbiediging van het privéleven, maar dat dat recht geen absoluut recht is, waardoor het recht op gezondheid kan prevaleren.<sup>71</sup>

Uit deze analyse blijkt dat ook ten aanzien van mondkapjesplichten na verloop van tijd steeds meer aandacht ontstaat voor grond- en mensenrechten en de afweging tussen daaruit voortvloeiende botsende verplichtingen. Het recht op leven is evenwel onbesproken.

#### 4.6 Mondkapjesplichten in België

Tussen 30 april 2020 en 17 februari 2022 zijn 21 besluiten genomen in het kader van mondkapjesplichten.<sup>72</sup> Een analyse van deze besluiten leidt niet tot een wezenlijk ander beeld dan het beeld dat volgt uit mijn eerdere analyses van toelichtingen bij de Belgische besluiten. Tot aan het ministerieel besluit van 18 oktober 2020 – in dit geval het tiende besluit – vindt vrijwel geen bespreking van mensenrechten plaats.<sup>73</sup> Na 18 oktober 2020 ontstaat er geleidelijk meer aandacht voor grond- en mensenrechten. Zo bevat toelichting dertien (11 december 2020) voor het eerst een bespreking van de godsdienstvrijheid, bevat toelichting veertien (4 juni 2021) een bespreking van het recht op gezondheid ex artikel 23 Belgische Grondwet en bevat toelichting vijftien (23 juni 2021) een bespreking van de verdragsrechtelijk beschermde rechten op leven en gezondheid. De bespreking van deze rechten vindt echter steeds plaats in het kader van andere maatregelen dan mondkapjesplichten.<sup>74</sup>

Pas in de achttiende toelichting (28 oktober 2021) worden de rechten op leven en gezondheid besproken om aan te geven waarom alle getroffen maatregelen noodzakelijk zijn. Die toelichting

<sup>71</sup> Toelichting ministeriële regeling van 15 februari 2022 (*Stcrt.* 2022, 5436).

<sup>72</sup> Het gaat om de ministeriële besluiten van 30 april 2020, 8 mei 2020, 15 mei 2020, 30 juni 2020, 10 juli 2020, 24 juli 2020, 28 juli 2020, 22 augustus 2020, 25 september 2020, 18 oktober 2020, 28 oktober 2020, 28 november 2020, 11 december 2020, 4 juni 2021, 23 juni 2021, 25 augustus 2021 en 27 september 2021, en de koninklijke besluiten van 28 oktober 2021, 19 november 2021, 24 december 2021 en 17 februari 2022.

<sup>73</sup> Als gezegd is in de toelichting van 18 oktober 2020 aandacht voor de rechten op leven en gezondheid in het kader van de avondklok. Zie: Toelichting ministerieel besluit van 18 oktober 2020 (*Belgisch Stb.* 2020, 31557).

<sup>74</sup> Toelichting Ministerieel besluit van 11 december 2020 (*Belgisch Stb.* 2020, 31708); Toelichting ministerieel besluit van 4 juni 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 31616); Toelichting ministerieel besluit van 23 juni 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 10037).

benoemt verder dat de coronamaatregelen steeds noodzakelijk, geschikt en proportioneel moeten zijn.<sup>75</sup> Een expliciete afweging in het kader van een specifieke maatregel vindt niet plaats.

Een laatste interessante overweging staat in de toelichting van 17 februari 2022. Zoals ik in paragraaf 4.3 omschreef, staat in die toelichting voor het eerst dat de maatregelen (in algemene zin) inbreuk kunnen maken op het recht op eerbiediging van het privéleven. Op 17 februari werd een groot aantal maatregelen versoepeld of losgelaten.<sup>76</sup>

#### 4.7 De Twm covid-19 (Nederland)

Met de instelling van de Twm covid-19 voorziet de formele wetgever in de wettelijke basis voor het instellen van mondkapjesplichten en vaccinatiemaatregelen. Als gezegd biedt de wet geen mogelijkheid om bezoekbeperkingen in de thuissituatie af te kondigen. In de memorie van toelichting bij de Twm covid-19 is aandacht voor de grond- en mensenrechtelijke aspecten van de daarin opgenomen bevoegdheden. De regering bespreekt bijvoorbeeld dat de Twm covid-19 bevoegdheden toevoegt aan de Wpg op basis waarvan grondrechtenbeperkende maatregelen kunnen worden getroffen. In het kader daarvan voegt de Twm covid-19 het nieuwe artikel 58b toe aan de Wpg. Dit artikel bepaalt dat bij het treffen van maatregelen moet worden voldaan aan de eisen uit de beperkingensystematiek van het EVRM.<sup>77</sup>

In de memorie van toelichting vindt verder een bespreking van enkele specifieke grond- en mensenrechten plaats die in het bijzonder een rol spelen bij (de bevoegdheden uit) de Twm covid-19. Ten eerste geeft de regering aan dat overheidsoptreden tijdens een epidemie noodzakelijk is gelet op het recht op gezondheid dat zowel door de Grondwet in artikel 22, als in internationale mensenrechtenverdragen is beschermd.<sup>78</sup> Daarnaast laat de regering weten dat onder meer de regels over het dragen van beschermingsmiddelen (zoals mondkapjes) maatregelen zijn die aan het recht op eerbiediging van het privéleven kunnen raken. Daarom moet bij het treffen van dergelijke maatregelen steeds sprake zijn van noodzakelijkheid en proportionaliteit, maar maatregelen die aan het privéleven raken zijn in beginsel gerechtvaardigd vanwege het belang van de bescherming van de volksgezondheid, zo meent de regering.<sup>79</sup> Bij deze weging blijft het recht op leven onbesproken, net als bij de Nederlandse toelichtingen die ik besprak in de voorgaande paragrafen.

Naast het recht op gezondheid en het recht op eerbiediging van het privéleven, bespreekt de regering het recht op respect voor de woning uit artikel 8 EVRM.<sup>80</sup> Er is 'beperkte maatschappelijke behoefte om dit recht in het belang van de epidemie te beperken'. Daarom is ervoor gekozen om woningen van alle maatregelen uit te zonderen. Vervolgens concludeert de regering dat een beperking van het recht op respect voor de woning in bepaalde gevallen gerechtvaardigd kan zijn. Denk aan beperking bij verzorgingshuizen waarin mensen met een verstandelijke beperking wonen. De bewoners kunnen daar vanwege hun beperking soms lastig aan de

75 Toelichting koninklijk besluit van 28 oktober 2021 (*Belgisch Stb.* 2021, 42995).

76 Toelichting koninklijk besluit van 17 februari 2022 (*Belgisch Stb.* 2022, 30950).

77 *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 3, par. 3.1.

78 Bijvoorbeeld art. 12 IVESCR.

79 *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 3, par. 5.1.-5.3.

80 In de memorie van toelichting wordt dit recht het 'huisrecht' genoemd.

coronamaatregelen voldoen, waardoor een groter risico op besmetting bestaat en de balans tussen het recht op eerbiediging van het privéleven en het belang van de bescherming van de gezondheid kan veranderen, aldus de regering.<sup>81</sup> Op basis van de Twm covid-19 werden overigens geen bezoekbeperkingen voor verzorgingshuizen afgekondigd.

Uit de analyse blijkt dat in de memorie van toelichting expliciet aandacht is voor het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op respect voor de woning, beide voortvloeiend uit artikel 8 EVRM. Het recht op leven is niet besproken. Ook worden de negatieve verplichtingen uit artikel 8 EVRM expliciet gewogen tegen andere rechten en belangen. Daarbij worden de redenen voor de uitkomst van die weging duidelijk uiteengezet.

#### 4.8 De Pandemiewet (België)

In de memorie van toelichting bij de Belgische Pandemiewet worden verscheidene grond- en mensenrechten besproken die een rol spelen bij de wet en de daarin opgenomen bevoegdheden. Zo benoemt de regering dat het recht op leven uit artikel 2 EVRM actief moet worden beschermd en dat moet worden vermeden dat het systeem van gezondheidszorg in moeilijkheden komt. Daarnaast moeten de maatregelen 'steeds strikt noodzakelijk, in de tijd beperkt en in verhouding tot de beoogde doelstelling zijn, meer in het bijzonder de bescherming van de volksgezondheid en het recht op leven'.<sup>82</sup>

Anders dan in de toelichtingen bij de Belgische ministeriële en koninklijke besluiten (met uitzondering van de toelichting van 17 februari 2022), is in de toelichting bij de Pandemiewet besproken dat de coronamaatregelen individuele vrijheden kunnen beperken. Om die reden moet er evenwicht zijn 'tussen de aantasting van individuele rechten en vrijheden om de openbare gezondheid te waarborgen en het recht op leven'. Er is echter geen melding van specifieke rechten die beperkt kunnen worden, zoals het recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>83</sup>

Uit de analyse volgt dat ten opzichte van de toelichtingen besproken in paragrafen 4.2, 4.4 en 4.6 relatief veel aandacht bestaat voor (botsing van) mensenrechten. Er is echter geen afweging gemaakt tussen specifieke rechten of ten aanzien van specifieke maatregelen. De aandacht voor mensenrechten is derhalve tamelijk beperkt in vergelijking met de Twm covid-19.

### 5 Vergelijking

In deze paragraaf vergelijk ik de resultaten van de systematische analyse van de Nederlandse en Belgische toelichtingen en memories van toelichting. Ik beschrijf de gevonden verschillen in paragraaf 5.1 en de gevonden overeenkomst in paragraaf 5.2. Na beschrijving van elk verschil dan wel overeenkomst bespreek ik enkele mogelijke verklaringen ervoor. Het is belangrijk om te benadrukken dat de analyse van de toelichtingen onvoldoende bewijs bieden om de voorgestel-

81 *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 3, par. 5.3.

82 *Parlementaire Stukken Kamer van Volksvertegenwoordigers* 2021/22, 55 1951/001, p. 4-7.

83 *Parlementaire Stukken Kamer van Volksvertegenwoordigers* 2021/22, 55 1951/001, p. 22.



de mogelijke verklaringen voor waar aan te nemen. Desalniettemin is het relevant om mogelijke verklaringen te bespreken, zodat deze middels aanvullend onderzoek kunnen worden getoetst.

## 5.1 Verschillen

Uit voorgaande paragrafen volgen drie belangrijke verschillen tussen Nederland en België. Het eerste verschil betreft de mensenrechten waaraan aandacht is besteed. Uit mijn analyse blijkt dat in de Nederlandse toelichtingen geenszins aandacht is voor het recht op leven, maar wel voor het grondwettelijk beschermde recht op gezondheid.<sup>84</sup> In de Belgische toelichtingen is voor beide aandacht. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat er in Nederland tijdens de coronacrisis en in de toelichtingen bij de maatregelen een grotere fixatie is op de Grondwet en de daarin beschermde rechten, dan op verdragsrechtelijk beschermde rechten. De Nederlandse Grondwet kent namelijk geen recht op leven, maar wel een recht op gezondheid. In de Nederlandse toelichtingen is overigens wel aandacht voor het recht op eerbiediging van het privéleven uit artikel 8 EVRM. De aandacht voor dat verdragsrechtelijk beschermde recht is mogelijk ingegeven doordat de Grondwet het gelijksoortige recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kent.

Het tweede verschil betreft de aandacht voor botsingen tussen mensenrechten. In de Nederlandse toelichtingen is daarvoor meer (en explicieter) aandacht dan in de Belgische. Waar de Nederlandse toelichtingen een aantal keren aangeven hoe de bevoegde ministers een afweging hebben gemaakt tussen conflicterende verplichtingen uit recht het op eerbiediging van het privéleven en het recht op gezondheid,<sup>85</sup> bevat in België alleen de memorie van toelichting bij de Pandemiewet een opmerking over de afweging van botsende rechten. Daar komt bij dat in die memorie van toelichting geen afweging is gemaakt tussen specifieke rechten of ten aanzien van een specifieke maatregel; het blijft bij algemeenheden.<sup>86</sup> Een mogelijke verklaring voor dit verschil is dat de Belgische overheid de coronacrisis niet steeds vanuit een holistisch mensenrechtelijk perspectief heeft benaderd, maar veelal vanuit één mensenrechtelijk perspectief: het perspectief van positieve verplichtingen. Dit sluit aan bij de observatie van Brems dat het invoeren van meerdere mensenrechten in één casus eerder uitzondering dan regel is in de procedurele praktijk van het EHRM.<sup>87</sup> Door de uitsluitende focus op positieve verplichtingen bleef een afweging van botsende verplichtingen buiten beeld. Een andere mogelijke verklaring voor dit verschil is dat de Belgische autoriteiten niet expliciet hebben willen aangeven dat er bij het afkondigen van coronamaatregelen sprake was van conflicterende verplichtingen. Beargumenteerd kan worden dat het bespreken van de negatieve verplichtingen tegenstanders van de maatregelen een stok geeft om mee te slaan, terwijl de instandhouding van de maatregelen noodzakelijk is met het oog op de volksgezondheid.

84 In voetnoot 47 leg ik uit dat het recht op leven een rol kan spelen bij de bescherming van gezondheid. Er bestaat dus een zeker verband tussen beide rechten. Het recht op leven in de zin van artikel 2 EVRM is echter niet expliciet besproken in de Nederlandse toelichtingen.

85 Zie bijvoorbeeld: Toelichting ministeriële regeling van 13 augustus 2021 (*Stcrt.* 2021, 38842); Toelichting ministeriële regeling van 4 november 2021 (*Stcrt.* 2021, 46176).

86 *Parlementaire Stukken Kamer van Volksvertegenwoordigers* 2021/22, 55 1951/001.

87 E. Brems, 'Evans v. UK. Three grounds for Ruling Differently', in: S. Smet & E. Brems (red.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 82.

Het derde verschil betreft het pas bespreken van beperkte mensenrechten op het moment van versoepeling. In België vond de bespreking van het recht op eerbiediging van het privéleven als recht dat beperkt werd pas duidelijk plaats op 17 februari 2022, toen de maatregelen grotendeels werden versoepeld.<sup>88</sup> In Nederland werd het recht op eerbiediging van het privéleven wel besproken toen er maatregelen werden ingevoerd of aangescherpt.<sup>89</sup> Een eerdergenoemde mogelijke verklaring die ook dit verschil kan verklaren is dat de Belgische autoriteiten de coronacrisis veelal vanuit het perspectief van één type mensenrechtelijke verplichting hebben benaderd: tot 17 februari 2022 nagenoeg uitsluitend vanuit het perspectief van positieve verplichtingen, na 17 februari uitsluitend vanuit het perspectief negatieve verplichtingen. Een andere mogelijke verklaring is dat de Belgische autoriteiten mensenrechten soms meer hebben gebruikt als politiek instrument ter rechtvaardiging van de (weliswaar zeer begrijpelijke) keuze om crisisbestrijding tijdelijk boven individuele vrijheden te verkiezen, dan als mensenrechten waar tijdens de gehele crisis rekening mee moet worden gehouden. De autoriteiten hebben mogelijk gemeend dat het onderkennen van beperkend optreden pas verstandig is als het epidemiologisch verloop van het coronavirus versoepelingen toelaat. Concreet betekent dit dat de wetgever het recht op leven (en het recht op gezondheid) bespreekt als een maatregel wordt getroffen of verscherpt en het recht op eerbiediging van het privéleven als een maatregel wordt versoepeld of ingetrokken. Een soortgelijke conclusie werd getrokken door Bruijn ten aanzien van de rol van internationaal (mensen)recht bij de regulering van cannabis.<sup>90</sup> Mensenrechten die gericht zijn op bescherming van individuen tegen overheidsingrijpen – zoals procedurele rechten in het strafrecht of het recht op eerbiediging van het privéleven tijdens noodsituaties – worden ontweken als deze mensenrechten de realisatie van het door de overheid gestelde doel (zoals de bestrijding van drugscriminaliteit of de bescherming van de volksgezondheid) frustreert.

## 5.2 Overeenkomsten

Naast de drie verschillen volgt uit de systematische analyse een overeenkomst. Deze overeenkomst betreft de ontwikkeling in de mate van aandacht voor mensenrechten. In de voorgaande paragrafen beschreef ik ten aanzien van Nederland dat er in de aanwijzingen van de Minister van VWS, alsook de noodverordeningen, geenszins aandacht was voor mensenrechten. Toen de Twm covid-19 werd ingevoerd groeide de aandacht: er is aandacht voor mensenrechten in zowel de memorie van toelichting bij die wet als in de eerste toelichting bij een ministeriële regeling op basis van die wet (de ministeriële regeling van 19 november 2020). De secties over mensenrechten in de toelichtingen bij ministeriële besluiten werden – met uitzondering van enkele toelichtingen, zoals die van 9 juli 2021 – na verloop van tijd steeds uitgebreider. Ten aanzien van België beschreef ik in de voorgaande paragrafen dat er tot 18 oktober 2020 nauwelijks aandacht was voor mensenrechten. Vanaf 18 oktober groeide ook in België de aandacht. Zo bevat de toelichting van 4 juni 2020 voor het eerst het een bespreking van recht op gezondheid.

<sup>88</sup> Toelichting koninklijk besluit van 17 februari 2022 (*Belgisch Stb.* 2022, 30950).

<sup>89</sup> Zie bijvoorbeeld: Toelichting ministeriële regeling van 28 mei 2021 (*Stcrt.* 2021, 28167).

<sup>90</sup> L.M. Bruijn, *The alternative war on drugs. Drug evictions, cannabis regulation and the legal consequences of adapting to the limitations of criminal law in the field of drug control* (diss. Groningen RUG), Groningen: University of Groningen 2021, p. 194-201.

In de memorie van toelichting bij de Pandemiewet werd zelfs gesproken over botsende rechten en in de toelichting bij het Koninklijk besluit van 17 februari 2022 noemde de regering dat de maatregelen een inbreuk maken op het recht op eerbiediging van het privéleven.

Een verklaring voor de groeiende aandacht voor mensenrechten in Nederland en België is dat de autoriteiten in de acute beginfase van de crisis snel en onder beperkte kennis gezondheidsmaatregelen moest treffen. Het is goed te begrijpen dat in deze meest acute fase van de coronacrisis minder of zelfs tijdelijk geen aandacht is voor mensenrechten. Na verloop van tijd verdween het acute karakter geleidelijk en werd er meer aandacht besteed aan de mensenrechtelijke aspecten van de coronamaatregelen. Dit verklaart echter niet waarom de aandacht voor mensenrechten in beide landen vrij laat op gang kwam. In paragraaf 4.2 beschreef ik ten aanzien van België dat er pas zeven maanden na afkondiging van de eerste maatregel aandacht voor mensenrechten ontstond. In het geval van Nederland was dat pas na acht maanden (paragraaf 4.5).

Een tweede mogelijke verklaring voor de groeiende aandacht voor de mensenrechtelijke aspecten van de maatregelen kan worden gevonden in de aanzwellende kritiek op de coronamaatregelen in zowel Nederland als België. In Nederland klonk vanuit onder meer rechtswetenschappelijke hoek steeds meer kritiek op de wijze waarop tijdens de coronacrisis mensenrechten werden beperkt.<sup>91</sup> Vergelijkbare kritiek werd door de Belgische Liga voor de Mensenrechten geuit ten aanzien van de Belgische maatregelen.<sup>92</sup> Door dergelijke kritiek heeft de Nederlandse en Belgische wetgever mogelijk druk ervaren om meer aandacht te besteden aan de mensenrechtelijke aspecten van de coronamaatregelen. Naast kritiek vanuit rechtswetenschappers en belangenorganisaties, heeft zowel de Nederlandse als Belgische rechter maatregelen on(grond)wettig verklaard, onder meer vanwege het gebrek aan de juiste juridische grondslag voor grondrechtenbeperkingen.<sup>93</sup> Hoewel het rechterlijk oordeel in beide landen door een hogere rechter werd teruggedraaid,<sup>94</sup> ontstond er ook door de rechtszaken mogelijk druk op de wetgever om meer aandacht te besteden aan de mensenrechtelijke aspecten van de coronamaatregelen. Deze druk heeft vervolgens mogelijk tot de groeiende aandacht voor mensenrechten geleid. Als er daadwerkelijk een verband bestaat tussen mensenrechtelijke kritiek en de groeiende aandacht voor mensenrechten in de toelichtingen bij coronamaatregelen, dan kan worden beargumenteerd dat de Nederlandse en Belgische autoriteiten tijdens de coronacrisis in mindere mate uit zichzelf aandacht hebben besteed aan mensenrechten in de relevante toelichtingen – hooguit om de getroffen maatregelen te rechtvaardigen – en dat rechtswetenschappers, belangenorganisaties, de rechterlijke macht en andere partijen door middel van kritiek aandacht kunnen vestigen en invloed kunnen uitoefenen op de mate van aandacht voor mensenrechten in de toelichting bij noodmaatregelen.

91 Zie bijvoorbeeld: A.J. Wierenga, A.E. Schilder & J.G. Brouwer, 'Aanpak coronacrisis niet houdbaar', *NJB* 2020/18, p. 1317; De Jong 2020 (*supra* noot 32), p. 364-381.

92 Zie: 'Liga voor Mensenrechten dagvaardt Belgische Staat wegens ontbreken pandemiewet', <https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/liga-voor-mensenrechten-dagvaardt-belgische-staat-wegens-ontbreken-pandemie>, 22 februari 2021; 'Mensenrechtenliga naar rechter over coronaregels: 'Onze rechten mogen niet beknot worden door één minister'', <https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/mensenrechtenliga-naar-rechter-over-coronaregels-onze-rechten-mogen-niet-be>, 25 februari 2021.

93 In het geval van Nederland ging het daarbij om de avondklok, niet om een van de onderzochte typen maatregelen. Rb. Den Haag (vzr.) 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100 (*Avondklok*); Franstalige Rechtbank van eerste aanleg Brussel 31 maart 2021, 2021/14/C (*Liga voor mensenrechten/Belgische staat*).

94 Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:25; Hof van beroep Brussel 7 juni 2021 (*Belgische staat/Liga voor mensenrechten*).

Dit sluit aan bij de observatie van D'Adda dat een belangenorganisatie invloed had op de mate van bescherming voor het Spaanse grondrecht op huisvesting in de besluitvorming van overheidsorganen.<sup>95</sup>

## 6 Conclusie

In dit artikel onderzocht ik in hoeverre de Nederlandse en de Belgische autoriteiten tijdens de coronacrisis een expliciete afweging hebben gemaakt tussen het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM) bij het treffen van bezoekbeperkingen in de thuissituatie, maatregelen van vaccinatiedrang en mondkapjesplichten.

Uit de systematische analyse van de toelichtingen bij de genoemde maatregelen, alsook de toelichtingen bij de Nederlandse Twm covid-19 en de Belgische Pandemiewet blijkt dat zowel de autoriteiten in Nederland als in België in de (acute) beginfase van de crisis geen expliciete aandacht hadden voor mensenrechten. In die fase snel moest worden gehandeld onder beperkte kennis. Pas na acht (Nederland) en zeven (België) maanden werden mensenrechten besproken in de geanalyseerde toelichtingen. Na verloop van tijd groeide de aandacht voor de mensenrechtelijke aspecten van de onderzochte maatregelen, mogelijk versterkt door de aanzwellende kritiek uit rechtswetenschappelijke hoek en vanuit belangenorganisaties. Met name in het geval van België richtte de groeiende aandacht zich in eerste instantie vooral op het recht op leven (en het recht op gezondheid), welke als rechtvaardiging kan gelden voor de getroffen maatregelen. Na verloop van tijd richtte de aandacht zich in beide landen steeds meer op het recht op eerbiediging van het privéleven, dat door de maatregelen werd beperkt. In België vond die verschuiving van aandacht pas plaats op het moment dat de maatregelen werden versoepeld. Daarnaast werd in België, anders dan in Nederland vrijwel nooit besproken dat er sprake was van een mensenrechtenbotsing die weging behoeft. Als de groeiende aandacht voor beperkte mensenrechten daadwerkelijk samenhangt met het versoepelen van maatregelen, kan dat tot de conclusie leiden dat de Belgische autoriteiten de coronacrisis steeds vanuit een beperkt mensenrechtelijk perspectief heeft benaderd of dat zij mensenrechten soms als instrument hebben gebruikt om keuzes ten aanzien van coronamaatregelen te rechtvaardigen. Aanvullend onderzoek moet uitwijzen of er buiten de toelichtingen meer aandacht bestaat voor mensenrechten in het kader van coronamaatregelen.<sup>96</sup>

95 G. D'Adda, 'Urban mobilizations and municipal policies to un-make housing precarity', *City* 2021,(25)5-6, p. 750-751.

96 Momenteel werk ik aan een proefschrift waarin ik onderzoek doe naar de manier waarop mensenrechten worden betrokken bij besluitvorming ten aanzien van noodmaatregelen.