

# Grondwet ten onrechte monddood bij debat mondkapjesplicht

**30** Niet weer een bijdrage over de (on)grondwettigheid van de mondkapjesplicht zullen veel lezers denken. En inderdaad, de verleiding is groot dit zomerfeuilleton te laten voor wat het is en de blik op andere zaken te richten. Toch is er alle aanleiding – nadrukkelijk los van de *materiële* (on)wenselijkheid van deze plicht, die hier in het midden blijft – nog eens bij dit onderwerp stil te staan. Dit met name vanwege de gevaarlijke precedentwerking die kan uitgaan van het gebeuren en om te proberen lessen te trekken ter voorkoming van herhaling in de toekomst.

Het begon allemaal met een Kamerbrief van de Minister van VWS waarin voorop wordt gesteld dat er vanuit gezondheidsperspectief geen reden bestaat een niet-medisch mondkapje te verplichten. Maar tegelijkertijd wordt er – mede op aandringen van de burgemeesters van Amsterdam en Rotterdam – wel ruimte gecreëerd voor experimenten daarmee op lokaal niveau (brief d.d. 30 juli 2020, 1727999-208597-PG). Vervolgens hebben de veiligheidsregio's Amsterdam-Amstelland en Rotterdam-Rijnmond op 4 augustus 2020 noodverordeningen vastgesteld met daarin de mogelijkheid om locaties aan te wijzen waar het verplicht is om een mondkapje te dragen, waarna per 4 augustus 2020 daadwerkelijk aanwijzingen plaatsvonden. Dit in de vorm van een experiment dat inmiddels per 31 augustus 2020 is beëindigd (vgl. de websites van de veiligheidsregio's).

Met deze invoering van een mondkapjesplicht in de openbare ruimte werd ingegaan tegen de mening van vrijwel alle in de media opgevoerde staatsrecht deskundigen. Zij stelden – terecht – dat het opleggen van een mondkapjesplicht in de openbare ruimte een inmenging vormt in het door artikel 10 Grondwet beschermde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een dergelijke inmenging is alleen toegestaan wanneer daarvoor een specifieke basis bestaat in een formele wet. Een basis die niet bestond. Te minder nu artikel 39 Wet veiligheidsregio's juncto artikel 176 Gemeentewet bepaalt dat met een noodverordening niet van de Grondwet kan worden afgeweken. Een eerder algemeen advies van de Afdeling advisering van de Raad van State bevestigt deze lijn. Zij het dat zij helemaal aan het begin van de Covid-pandemie in acute, levensbedreigende situaties nog wel ruimte zag voor het tijdelijk afwijken van deze beperkingssystematiek, maar daarvan was geen sprake meer bij de invoering van de mondkapjesplicht (advies d.d. 25 mei 2020, WO4.20.0139/I/Vo).

Het is gelet op de duidelijke ongrondwettigheid van de mondkapjesplicht dan ook niet te verteren dat de betrokken burgemeesters, de veiligheidsregio's en de Minister van VWS het experiment toch hebben doorgezet. De motivering daarvan was zeer mager en soms zelf stuitend. Waar de minister – wat daarvan ook zij – tenminste nog zei het oneens te zijn met de staatsrecht deskundigen omdat het gaat om een tijdelijke maatregel in de gegeven uitzonderlijke omstandigheden (antwoord op Kamervragen d.d. 11 augustus 2020, *Kamerstukken II 2019/20*,

3706) maakte de burgemeester van Rotterdam het wel heel bont. Hij stelde – geparafraseerd – dat hij in het belang van de volksgezondheid nu eenmaal moet besturen, waarbij qua juridische eisen de grenzen moeten worden opgezocht en dat hij de vraag of de maatregel met de Grondwet in overeenstemming is graag overlaat aan de studeerkamergeleerden (televisie-interview vindbaar op de website van WNL).

De Grondwet is bij onze bestuurders als het hen niet uitkomt dus duidelijk niet altijd in goede handen, waardoor het des te pijnlijker en verontrustender is dat ook de rechter het respecteren van de daarin opgenomen grondrechten niet afdwong. In een naar aanleiding van de Amsterdamse maatregel aanhangig gemaakt kort geding wijst de voorzieningenrechter de gevraagde buitenwerkingstelling van de mondkapjesverplichting in de noodverordening namelijk af op basis van een wel heel terughoudende opstelling (ECLI:NL:RBAMS:2020:4057). Daarbij wijst deze er – gelet op vaste jurisprudentie op zichzelf terecht – op dat nu de noodverordening een algemeen verbindend voorschrift is hij alleen kan ingrijpen wanneer de regeling 'onmiskenbaar onverbindend' is. Maar waar dan de conclusie zou worden verwacht dat hier een overduidelijk geval van onmiskenbare onverbindendheid aan de orde is, maakt de rechter zich ervan af met een overweging die er in de kern op neer komt dat er over de (on)grondwettigheid van de maatregel verschillend wordt gedacht en dat er daarom geen sprake zou zijn van onmiskenbare onverbindendheid. Dit – en daar wringt de schoen het meest – zonder een poging te doen om tot een eigen standpunt te komen over de vraag of de ontbrekende formeelwettelijke basis al dan niet leidt tot strijd met de Grondwet. Daarmee stelt de rechterlijke controle wel heel weinig voor, hetgeen temeer klemmt nu het aangekondigde (spoed)appel, zoals zo vaak in dit soort gevallen, als mosterd na de maaltijd komt.

Natuurlijk gaat het hier om strijd met 'slechts' een formeel vereiste terwijl de maatregel in ieder geval de beste bedoelingen – het beschermen van de volksgezondheid – nastreeft, maar toch mag een dergelijk monddood maken van onze Grondwet in de toekomst niet meer voorkomen. Anders wordt het wel heel moeilijk om deze vereisten aan bestuurders tegen te werpen die met kwade bedoelingen van de Grondwet willen afwijken. Om nog maar te zwijgen over het slechte voorbeeld dat ervan uit gaat voor burgers van wie wel wordt geëist dat ze zich strikt aan de (Covid) regels houden, zoals de affaire Grapperhaus nog eens onderstreept. Dat betekent dus voor bestuurders dat als er twijfel bestaat over de grondwettigheid van een maatregel daarvan in beginsel wordt afgezien. En voor rechters – ook in kort geding – dat zij op zijn minst een eigen oordeel moeten vormen over de grondwettigheid van een maatregel. Gebeurt dat niet dan verdwijnt onze Grondwet in de Bermudadriehoek van het recht.

**Tom Barkhuysen**