

Tweede Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 19 augustus 2020
dossiernummer: 100910023
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +3170 335 35 35
e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

Betreft: inbreng wetsvoorstel: tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (tijdelijke wet maatregelen covid-19)

Geachte woordvoerder,

Voor het wetsvoorstel tijdelijke wet maatregelen covid-19 levert u donderdag 20 augustus schriftelijke inbreng. Voor deze inbreng heeft de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) zijn adviescommissies rechtsstatelijkheid, strafrecht en bestuursrecht opnieuw gevraagd advies uit te brengen.

De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de schriftelijke inbreng te betrekken. Ondanks het feit dat het wetsvoorstel is aangepast, blijven nog steeds zorgen bestaan ten aanzien van het vergaand inperken van vrijheden en rechten. De NOvA adviseert onder andere om de maximale hechtenis bij overtredingen strafbaar gesteld krachtens artikel 68bis lid 1 te bepalen op veertien dagen, in plaats van een maand. Dat voorkomt dat er onevenwichtigheid bestaat tussen de aard en ernst van een strafbaar gestelde overtreding.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissies

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIEZEN

Van:	adviescommissie rechtsstatelijkheid, bestuursrecht en strafrecht
Datum:	18 augustus 2020
Betreft:	tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19)

CONCLUSIE

Er bestaat waardering voor het feit dat de eerdere adviezen van de adviescommissies bestuursrecht, rechtsstatelijkheid en strafrecht aandacht hebben gekregen en op punten zijn overgenomen.¹ Het wetsvoorstel is in zoverre een aanzienlijke verbetering ten opzichte van het voorontwerp.

Ondanks dat het wetsvoorstel op belangrijke punten een verbetering is ten opzichte van het voorontwerp, is er een aantal bepalingen in het wetsvoorstel dat de rechtsstaat naar het oordeel van de adviescommissies aantast. Het wetsvoorstel geeft te veel macht aan de minister om fundamentele rechten en vrijheden van burgers in te perken of teniet te doen; een macht die bij het aannemen van het wetsvoorstel pas achteraf en met te beperkte middelen door parlement en rechter wordt gecontroleerd en getoetst.

De wet blijft in belangrijke mate een 'raamwet', waarin de maatregelen slechts in algemene zin worden omschreven en dus slechts in algemene zin wordt voorzien in een wettelijke basis voor de inbreuk(en) die een maatregel met zich brengt. De concrete invulling van een maatregel — en dus ook de aard en omvang van een inbreuk — vindt plaats bij algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling of door besluitvorming van het lokale bevoegde gezag (burgemeester of voorzitter van de veiligheidsregio). De legitimatie van de beperking van grondrechten die met een concrete maatregel gepaard gaat, blijft daardoor onvoldoende.

Het parlement dient te beslissen over de vaststelling van maatregelen die grondrechten tijdelijk kunnen beperken of opheffen. De verplichting om het voorstel voor een verlengings-koninklijk besluit tenminste een week aan de Kamers voor te hangen, wordt ontoereikend geacht, gelet op de vereiste democratische legitimatie voor de beperking van grondrechten. En als er al gedelegeerd wordt, dan dient de rechter voldoende houvast te worden gegeven om de wettigheid van de ministeriële regelingen vol te kunnen toetsen.

OPMERKINGEN MET BETREKKING TOT HET STRAFRECHT

Het schema handhaving klopt niet met voorgestelde artikel 68bis

In het nieuwe wetsvoorstel is naar het eerdere advies van de NOvA geluisterd als het gaat om de maximale strafmaat (zie Memorie van Toelichting, pagina 65-67). De NOvA had hier eerder over opgemerkt dat het niet-opzettelijk weigeren een gegeven bevel op te volgen in het eerdere voorstel met eenzelfde maximale gevangenisstraf (3 maanden) werd bedreigd als het opzettelijk weigeren (zie Memorie van Toelichting, pagina 66). Dit heeft ertoe geleid dat een niet-opzettelijke variant niet meer terugkeert in het huidige wetsvoorstel. Dat is een verbetering.

¹ De eerder gegeven adviezen voor het voorontwerp zijn uitgebracht op 10 juni en zijn te raadplegen via: <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/vraagtekens-nova-bij-tijdelijke-wet-voor-coronamaatregelen>

Belangrijker nog is dat, volgens de voorgestelde tekst van het nieuwe artikel 68bis, de maximale hechtenis/gevangenisstraf in dit nieuwe voorstel wordt beperkt tot maximaal een of twee maanden. Een maximale straf van drie maanden keert in het huidige voorstel alleen terug met betrekking tot het niet opvolgen van een drietal bevelen van minister respectievelijk de burgemeesters² en dan op basis van overtreding van artikel 184 Sr. Er moet dan dus sprake zijn van opzet.

Dit wordt bevestigd in de Memorie van Toelichting (paragraaf 7.1.4, pagina 41), maar is niet uitgewerkt in het schema handhaving dat in de bijlage bij de Memorie van Toelichting is opgenomen. Op pagina's 115-120 van deze bijlage wordt, onder verwijzing naar artikel 68bis lid 2 onder b, namelijk nog steeds vermeld dat de betreffende overtredingen een maximale hechtenis krijgen van drie maanden. Dat moet dus twee maanden zijn, omdat artikel 68bis voorziet in een maximale hechtenis van een maand (lid 1) of twee maanden (lid 2). Het schema dient dan ook te worden aangepast aan het voorgestelde artikel.

Verhouding tussen de ernst van overtredingen is nog altijd onevenwichtig.

De NOvA is van mening dat er nog altijd een onevenwichtigheid bestaat tussen de aard en ernst van een overtreding strafbaar gesteld krachtens artikel 68bis lid 1 en de daarop gestelde maximale hechtenis van een maand. De NOvA beveelt aan de maximale hechtenis te bepalen op veertien dagen, zoals ook in het eerder gegeven advies reeds is genoemd.

OPMERKINGEN MET BETREKKING TOT RECHTSSTATELIJKHEID / BESTUURSRECHT

Nog steeds sprake van een wetsvoorstel met te vergaande delegatie van bevoegdheden

Ondanks dat het huidige wetsvoorstel een verbetering is ten opzichte van het voorontwerp, zitten er niettemin nog altijd rechtsstatelijke 'lekken' die gedicht dienen te worden. Als dat niet gebeurt, is sprake van een wetsvoorstel waarbij aan een minister vergaande, onvoldoende concreet omschreven bevoegdheden worden verleend om fundamentele rechten en vrijheden van vrijwel de gehele Nederlandse bevolking in te perken of zelfs op te heffen met alle maatschappelijke gevolgen van dien. Dat tast de fundamentele van onze democratische rechtsstaat aan.

Rechtsstatelijk onjuist om grondrechtbeperkingen over te laten aan ministers

De NOvA blijft het principieel onjuist vinden dat grondrechten kunnen worden beperkt en zelfs geheel opgeheven door middel van algemene maatregelen van bestuur of, erger nog, ministeriële regelingen waarin die beperkingen worden ingevuld en uitgewerkt. Een democratisch parlement dient die bevoegdheid niet uit handen te geven aan ministers. Het parlement dient om te beginnen te oordelen over de vraag of de beoogde maatregelen noodzakelijk en evenredig geacht moeten worden en opwegen tegen de schadelijke gevolgen ervan op velerlei gebied.

Het voorgestelde art. 58c (Procedurevoorschriften ministeriële regelingen) van de Wet publieke gezondheid (Wpg) bepaalt dat een ministeriële regeling pas kan worden vastgesteld nadat deze in ontwerp een week lang bij het parlement (beide Kamers van de Staten-Generaal) heeft voorhangen. Deze voorhangprocedure geeft het parlement echter niet het recht om het ontwerp af te keuren. Het parlement wordt dus (tenzij een motie van wantrouwen wordt ingediend of ander grof geschut wordt ingezet) bij voorbaat geacht de concept maatregelen goed te keuren of te

² Zie hiervoor de artikelen 58l lid 4: bevel minister VWS/burgemeester/gezaghebber aan rechthebbende besloten plaats; 58m bevel burgemeester/gezaghebber tav openbare plaats; 58n: bevel burgemeester/gezaghebber tav besloten plaats bij ernstige vrees voor onmiddellijke virusverspreiding

gedogen. Deze benadering stuit op bezwaren. De wet zou er in moeten voorzien dat het parlement (aan het einde van de voorhangweek) de bevoegdheid krijgt de vaststelling van de betrokken maatregelen te blokkeren.

Een 'gevoelen van de ministerraad' is onvoldoende

Dat de aangewezen minister zijn regelingen uitvaardigt overeenkomstig "het gevoel van de ministerraad", zoals het voorgestelde art. 58c lid 1 van de Wpg voorschrijft, heft het principiële bezwaar niet op. In een democratische rechtsstaat dienen grondrechten- en vrijheidsbeperkende regels te worden vastgesteld door de volksvertegenwoordiging, na openbaar debat en democratische besluitvorming, en niet door een minister - ook al zou de gehele ministerraad het met hem ééns zijn.

Kern van het wetsvoorstel doorstaat op belangrijke punten de rechtsstatelijke toets niet

De kern van dit wetsvoorstel blijft dat het strekt tot het machtigen van een minister tot het maken van uitzonderingen op wettelijke en grondwettelijke rechten en vrijheden. Zo'n machtiging dient uiterst zorgvuldig en zo concreet mogelijk te worden omschreven en de te verbieden of voor te schrijven gedragingen die beperkingen van de grondwettelijke rechten en vrijheden meebrengen dienen in de wet zelf te worden omschreven. De gedragsvoorschriften in § 2 (Veilige afstand en andere gedragsvoorschriften) en § 3 (Sector specifieke bepalingen) van het voorgestelde artikel Va van de Wpg zijn ogenschijnlijk nauwkeuriger geformuleerd dan in het voorontwerp. Nadere beschouwing laat echter zien dat het voorgestelde stelsel van regels op ten minste twee belangrijke punten de rechtsstatelijke toets niet kan doorstaan.

Ten eerste: de normen opgenomen in § 2 en § 3 zijn vrijwel allemaal zogenoemde open normen, dat wil zeggen bepalingen waarvan de invulling nader bepaald dient te worden. Daarvoor verwijzen de artikelen naar de regelingen die de minister mag opstellen. De enige voorwaarden waaraan die regelingen volgens art. 58b lid 2 dienen te voldoen zijn de volgende: zij moeten "noodzakelijk" voor en "evenredig" aan het doel van de bestrijding van de COVID-epidemie zijn.

Deze twee criteria zijn slechts ter 'explicitering' opgenomen (zie de Memorie van Toelichting), want ze gelden sowieso. Het punt is dat naar Nederlands recht het bestuursorgaan dat regels uitvaardigt, geacht wordt te weten en te mogen bepalen wat "noodzakelijk" en "evenredig" is. Dat brengt mee dat in het Nederlandse stelsel de rechter het standpunt van de minister slechts marginaal zal toetsen. Het uitvaardigen van de regeling levert in die gedachtegang op voorhand het vermoeden op dat de regeling noodzakelijk en evenredig is, behoudens zeer zwaarwegende argumenten van het tegendeel die door de burger moeten worden aangevoerd en bewezen. Deze uitwerking van de wet in de praktijk is ongewenst in een democratische rechtsstaat. Juist de criteria van "noodzakelijkheid" en "evenredigheid" bij de beperking van grondrechten en vrijheden vergen een volle (niet marginale) toets. De toets is, conform het EVRM, of de maatregelen noodzakelijk zijn "in een democratische samenleving". Dat is een vraag die primair door een volksvertegenwoordiging dient te worden beantwoord. En als een volksvertegenwoordiging niet kan toetsen, dan dient gewaarborgd te zijn dat ten minste de rechter de regeling vol en niet slechts marginaal kan toetsen.

Het verdient daarom aanbeveling ten minste de bevoegdheid tot volle rechterlijke toetsing uitdrukkelijk in de wet vast te leggen, althans nader te concretiseren welke (vormen van) inmenging in welke grondrechten en -vrijheden als 'noodzakelijk' en 'evenredig' kunnen worden aangemerkt, om te voorkomen dat regeringsfunctionarissen of (andere) politici achteraf de rechter ervan beschuldigen op de stoel van het bestuur te gaan zitten, wanneer die rechter oordeelt dat bepaalde

regelingen niet noodzakelijk en/of niet evenredig zijn en dus in strijd met de Tijdelijke wet maatregelen covid-19.

Ten tweede: de toch al vage beperkingen van de machtiging aan de minister worden in hun geheel tenietgedaan door art. 58s Wpg (Vangnet) van het voorstel. Met de bevoegdheden die met dat 'vangnet' aan de minister (respectievelijk op zijn aanwijzing aan burgemeesters) worden gegeven, wordt hem alsnog volledige carte blanche gegeven.

Lid 1 betreft het geval waarin de in de wet genoemde maatregelen "niet toereikend" zijn. Dan kan de minister andere maatregelen treffen. Daarna moet de minister een wetsvoorstel indienen dat die andere maatregelen dekt, en als het parlement dat wetsvoorstel niet aanneemt moet de minister de maatregelen binnen een week intrekken.

Lid 2 betreft het geval waarin er geen tijd is om maatregelen (als in de wet genoemd) bij ministeriële regeling te nemen (de reguliere procedure schrijft voor dat een regeling éérs een week moet hebben voorgelegen aan het parlement). In dat geval kan de minister de voorzitters van de veiligheidsregio's opdragen om voorschriften vast te stellen. Twee weken daarna moet de minister dergelijke voorschriften dan omzetten in een ministeriële regeling.

Deze vangnetbepalingen komen er kort gezegd op neer dat de minister uiteindelijk de reikwijdte van zijn bevoegdheden zelf kan bepalen. Dat staat, gezien de aard van de bevoegdheden waar het hier om gaat, haaks op de principes van een democratische rechtsstaat.

Uiteraard zijn er de wettelijke mechanismen om de minister achteraf tot de orde te roepen (door de rechter of door een 'nahangprocedure' als voorgesteld), maar in een democratische rechtsstaat kan het bestaan van die correctiemechanismen achteraf niet het uitschakelen van rechtsstatelijke mechanismen rechtvaardigen die bedoeld zijn om zoveel mogelijk vooraf uit te sluiten dat individuele gezagsdragers grondrechten en -vrijheden van burgers onrechtmatig beperken of teniet doen.

Het dient daarom aanbeveling art. 58s lid 1 te wijzigen, in die zin dat het parlement ook de voorgenomen "andere maatregelen" kan blokkeren, en om art. 58s lid 2 in zijn geheel te schrappen.

Verlenging bij KB met telkens drie maanden

Artikel VIII (Vervalbepaling) lid 3 van het voorstel bepaalt dat de geldigheidsduur van de wet na 6 (oorspronkelijk 12) maanden telkens met 3 maanden bij KB kan worden verlengd. Ook op dit punt wordt gemeend dat er sprake is van een te ruime delegatie. Het advies is om het parlement te laten beslissen over verlenging, in elk geval met ingang van een tweede verlenging.