

Het openbaar bestuur voorbij Corona

Reflecties op de impact van de Coronacrisis
op het openbaar bestuur, de democratie en
de rechtsstaat.

En wéér zwelt de reguleringsgolf aan...

Wetgeving en protocollen in en na coronatijd

Prof. dr. Frank van Ommeren is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur.

1. Introductie

Zoals in iedere moderne rechtsstaat is wetgeving hét instrument waarvan bij uitstek het meest wordt verwacht. Met wetgeving kan worden gescoord. De Coronacrisis laat echter zien dat dat wel iets genuanceerder ligt. Goede wetgeving is heel belangrijk, maar zeker in geval van nood, blijkt een enkele kabinetsverklaring, liefst bij monde van de minister-president, nog veel meer impact te hebben. De Coronacrisis leert ons veel over wat we van wetgeving en andere regels verwachten en hoe we ermee omgaan. De Coronacrisis, met vooral de vele ingrijpende maatregelen om corona tegen te gaan, werkt als een katalysator. Zij versterkt een aantal ontwikkelingen en roept de noodzaak op om deze ten dele te keren. Wat de Coronacrisis de afgelopen tijd heeft laten zien is een soort van *pressure cooker*: zij laat in slechts enkele weken in het klein – nu ja klein: de impact is natuurlijk enorm – zien tegen welke problemen we met wetgeving in de democratische rechtsstaat aanlopen.

2. Problemen en ontwikkelingen

Waar moeten we dan aan denken? Ik noem een aantal van die ontwikkelingen en problemen – “uitdagingen” om een wat sleetse uitdrukking te gebruiken – die zich voordoen:

- Het dóórdraaien van de wet- en regelgevings*machine*
- Het zeer hoge *tempo* van de voortdurende wijzigingen van de wet- en regelgeving
- De behoefte aan goede, *scherpe en handhaafbare* wettelijke regels
- De gebrekkige *legitimatie* van de wettelijke regelingen
- De onbekendheid met de *Grondwet* en de daarin opgenomen waarborgen
- De behoefte aan *evidence based* wetgeving
- De enorme hoeveelheid aan *protocollen* die er in het verlengde van de nieuwe wettelijke regels zijn gekomen

Deze aspecten hangen met elkaar samen. Het zijn er te veel om in een paar bladzijden goed te bespreken. Ik haal daarom hier slechts wat krenten uit de pap. Maar voordat ik dat doe, presenteer ik hier alvast enige lessen die uit deze ontwikkelingen te trekken zijn.

3. Enige lessen

De Coronacrisis en vooral de maatregelen ter bestrijding van corona leren:

1. Hoe belangrijk het is dat de inhoud van de juridische normen en de sociale normen niet te zeer van elkaar verschilt, zodat de in wetgeving vastgelegde rechtsregels *spontaan* worden nageleefd.
2. Dat de *Grondwet* echt belangrijk is en hoezeer het de moeite waard is om haar bekendheid bij het grote publiek te vergroten. Hetzelfde geldt voor de betekenis van fundamentele rechten meer in het algemeen, zowel binnen als buiten de *Grondwet*.
3. Dat de roep om meer *evidence based* wetgeving begrijpelijk is, maar dat dat maar het halve verhaal is: wetgeving is en blijft politiek en dus een *consensus based* instrument.
4. Hoe sterk de behoefte is wettelijke regels uit te werken in nadere regels, zoals *protocollen*, maar dat het inzicht in de functie en betekenis van het fenomeen van het protocol – je mag en moet er soms van afwijken – nog onvoldoende is.

Aan alle vier zou in de toekomst van het openbaar bestuur veel meer aandacht moeten worden besteed, zowel in de wetenschap als in de praktijk.

Waar komt dit alles nu vandaan? Daarvoor is het nodig wat dieper in te gaan op de gebeurtenissen van de laatste tijd.

4. Diverse wetgevingsaspecten

Spontane naleving

Als de coronacrisis iets heeft laten zien, is het wel de behoefte aan scherpe en handhaafbare regels. In het begin ging het nog wel. Op zondag 15 maart jl. kondigt de minister-president aan dat de horeca moet sluiten, en nog geen uur later is dat daadwerkelijk het geval! Het is mooi om te zien dat op zo'n moment een degelijke juridische verankering nog niet per se nodig is. De omvang van de spontane naleving bleek groot. En om de feitelijke naleving is het het kabinet natuurlijk primair te doen. Maar lang houd je dat niet vol. Want wat als men zich niet aan de maatregelen houdt? Zonder geldige legitimatie is er ook geen grondslag om de regels te handhaven. Enige dagen later volgde de verankering door middel van de noodverordeningen. En zo ging het ook met de kapsalons. De kappers gingen na de afkondiging op dinsdag 24 maart dicht, terwijl de verordeningen hen daartoe pas enige dagen later, op vrijdag, verplichtten. Noodverordeningen zijn een adequate oplossing voor de eerste weken, maar voor langdurig gebruik zijn ze niet geschikt. Er zal een echte "Coronawet" moeten komen. Daaraan wordt op dit moment met spoed gewerkt.

Handhaving van vage normen en grondrechten

Niet alleen de gebrekkige grondslag is een probleem. De noodverordeningen kennen ook andere gebreken. Zo zijn ze op belangrijke punten onvoldoende duidelijk en maken ze inbreuk op grondrechten. En als die twee hand in hand gaan, en vaak is dat het geval, dan levert dat een giftige regelcocktail op.

Lastig is ook het hoge tempo van de wijzigingen. De beleidsmatige koers is er een van eerst de regels sterk aanhalen en ze daarna stapsgewijs versoepelen. Dat is op zichzelf een koers waarvoor veel te zeggen is. Maar als de regels zo snel veranderen, wie kent ze dan nog? Wie kan ze dan onthouden? Er is nauwelijks tijd om de regels te internaliseren of de volgende wijziging ligt alweer op de loer.

In de Gemeentewet worden enige eisen gesteld waaraan de noodverordeningen moeten voldoen.⁷ Een heel belangrijke is dat met de verordeningen niet van de Grondwet mag worden afgeweken. De waarborgen van de Grondwet moeten dus gewoon blijven gelden. Helaas is met een aantal in de Grondwet gewaarborgde grondrechten niet of onvoldoende rekening gehouden. Rechten die in het gedrang lijken te zijn gekomen, zijn met name het recht op godsdienstvrijheid en de vrijheid van levensovertuiging, het recht op vergadering en betoging, het recht op privacy, de vrijheid van onderwijs en het huisrecht. De noodverordeningen zijn niet geschikt om dit soort grondrechten te beperken. Men kan erover twisten of en hoe lang dat in een acute, levensbedreigende situatie voor even kan, maar gedurende langere tijd kan dat zeker niet. De Gemeentewet biedt daarvoor onvoldoende basis en de Wet publieke gezondheid doet dat evenmin.⁸ Het meest zichtbaar manifesteren deze problemen zich bij het verbod van samenkomsten, niet alleen in de publieke ruimte

⁷ Die volgen in het bijzonder uit art. 176 van de Gemeentewet.

⁸ A. Wieringa, J. Schilder & J. Brouwer, Aanpak coronacrisis niet houdbaar, *Nederlands Juristenblad* 2020, nr. 1135, p. 1317 en Raad van State, *Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen*, d.d. 25 mei 2020, paragraaf 11.

maar ook in de privé sfeer. Veel onduidelijkheden ontstaan hier met name ook door de interferentie met de anderhalvemeter-eis.

De *proof of the pudding* is de handhaafbaarheid van de regels. Verordeningen die in strijd zijn met hogere wetgeving, zoals de Gemeentewet of de Grondwet, zijn in een rechterlijke procedure niet te handhaven. Zij blijven daar niet overeind. Op overtreding van de noodverordeningen staat voor een volwassene een boete van 390 euro en voor minderjarigen 90 euro. Deze boetes worden door middel van strafbeschikkingen opgelegd. Wie het niet met de strafbeschikking eens is kan verzet instellen bij het openbaar ministerie. Desgewenst staat vervolgens de weg naar de strafrechter open. Wie de strafbeschikking accepteert krijgt een strafblad. Of de strafbeschikkingen steeds overeind blijven, valt zeer te betwijfelen. Het is nog maar de vraag of de rechter zal accepteren dat er controle in woningen heeft plaatsgevonden. En is een groep mensen waarbinnen iedereen anderhalve meter afstand houdt echt aan te merken als een verboden samenkomst? Het is op zijn zachtst gezegd niet goed uit te leggen dat als de anderhalvemeterregel in acht wordt genomen, de samenkomst dan toch niet door de juridische beugel zou kunnen. En wat te denken van de vele studenten die samenwonen op een studentenflat, maar niet buiten mogen eten of drinken zonder anderhalve meter afstand te houden, omdat ze geen gezin vormen? Is dat een proportionele regel? Vormen die studenten in de termen van de noodverordening geen "gezamenlijke huishouding"? Ze hebben wel een strafbeschikking gekregen...

Wie denkt dat dit soort problemen unieke of eenmalige problemen zijn, vergist zich. In het recente ROB-rapport '*Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*' (2020) wordt speciaal hoognodige aandacht gevraagd voor de kwaliteit van wettelijke normen. En dat rapport is bepaald niet het eerste of het enige die dat doet.

Evidence based wetgeving

In de wetgevingspraktijk en -doctrine is er al jaren een *roep* om meer *evidence based* wetgeving. Wetgeving waarvan de inhoud van tevoren is gestaafd aan de hand van empirische wetenschappelijk vastgestelde feiten. Het klinkt zo logisch: weet dat het werkt. In de praktijk blijkt dat razend lastig en worden veel wettelijke maatregelen genomen waarvan bij voorbaat helemaal niet zeker is of het beoogde effect ermee zal worden bereikt. Het coronavirus (Covid-19) is een virus met veel onbekenden. Dat maakt het buitengewoon moeilijk goede beslissingen over de bestrijding ervan te nemen. De Coronacrisis laat de behoefte aan wetgeving zien die *evidence based* van aard is, maar toont ook de beperkingen daarvan aan.

De crisis heeft het bondgenootschap tussen politiek en wetenschap op een scherpe manier in beeld gebracht. De eerste weken en maanden was er evident een grote invloed van de wetenschap op de inhoud van politiek en wetgeving. De verpersoonlijking van de invloed van de wetenschap op de politiek was natuurlijk het optreden van de voorzitter van het *Outbreak Management Team*, Jaap van Dissel. Hij is op slag een bekende Nederlander geworden. (Voor wie dit later nog eens leest: hij was de directeur van het Centrum Infectieziektebestrijding van het RIVM.) Het is geen toeval dat hij nu niet meer zo uitdrukkelijk in beeld verschijnt bij de persconferenties waarbij de coronamaatregelen worden bekendgemaakt. Naarmate de politiek weer meer de overhand krijgt wordt de invloed van de wetenschap geringer en worden ook andere invloedsferen toegelaten.

De Coronacrisis toont ook de beperkingen van de *evidence based* benadering aan. Niet alleen weten we nog een heleboel niet, minstens zo belangrijk is dat de politieke waardering van dezelfde feiten buitengewoon verschillend is:

- Is het bij dit virus nodig om zelfs de basisscholen te sluiten? (Nederland deed het, in navolging van veel andere landen, uiteindelijk schoorvoetend, Zweden niet.)

- Leveren niet-medische mondkapjes gedragen door het grote publiek nu wel of niet een zinvolle bijdrage aan de bestrijding van het virus? (De halve wereld gelooft erin, maar de andere helft niet heel erg. Het RIVM ziet er niets in en de WHO evenmin, maar het Nederlandse openbaar vervoer moet er per 1 juni toch aan geloven.)
- Is heel veel testen – meteen bepleit door de WHO maar niet door het RIVM – wel of niet essentieel voor de beperking van de overdracht van het virus? (In Nederland werd er bij aanvang weinig getest, de testen waren niet beschikbaar, maar langzaam maar zeker is de capaciteit opgevoerd en per 1 juni kan men zonder langs de huisarts te gaan rechtstreeks bij de GGD terecht.)
- Enz. enz.

De Coronacrisis laat goed zien dat *evidence based* wetgeving maar het halve verhaal is. Feitelijke input is zeker nodig. Het liefst empirisch onderbouwd. Maar uiteindelijk is het toch de politiek die moet beslissen. Dat is geen gemakkelijke taak. Zeker niet als de informatie verre van volledig is. In de termen van de minister-president: in deze crisis moet je met 50% van de kennis 100% van de besluiten nemen. Het kernpunt is dat álle feiten een beoordeling, een waardering, nodig hebben. Feiten en omstandigheden spreken bijna nooit voor zichzelf. Het is aan de politiek die waardering te geven. Dat is het punt waarop de wetenschap stopt en de politiek het stokje overneemt. De Coronacrisis laat op een mooie manier zien hoe we daarvoor een goede balans kunnen vinden. Dat is een ervaring waar we in de toekomst verder mee moeten. Zij zal ook, zo is mijn inschatting, de torenhoge verwachtingen van het *evidence based* wetgeven kunnen bijstellen en in wat realistischer perspectief plaatsen.

Protocollen

Wie denkt dat we er daarmee zijn, komt bedrogen uit. Er is altijd, permanent, behoefte aan nieuwe regels. "*Rules breed rules*", zo luidt een Angelsaksisch gezegde. Regels schep- pen regels. En niet zo'n klein beetje ook. Regels zijn abstract van aard. Iedere regel roept bij de toepassing op een concreet terrein weer nieuwe vragen op en de neiging is groot om als die vragen zich naar verwachting vaker gaan voordoen, het antwoord van tevoren in een nieuwe regel vast te leggen. Dat krijg je in een regelgeleide samenleving.

Wie is het niet opgevallen de laatste weken en maanden? We worden overspoeld met protocollen en andere nieuwe regels. Regels voor op het werk, voor in het verzorgingshuis, voor op de sportclub, voor bij de kapper, voor in de trein, voor in de horeca enz. enz. Dit zijn geen regels van de overheid. Het gaat niet om officiële wetgeving. Dit zijn regels die door bedrijven en maatschappelijke organisaties worden opgesteld om inzichtelijk te ma- ken op welke manier zij aan de wettelijke eisen gehoor geven. Wat de anderhalvemeter- samenleving betekent in het alledaagse sociale en economische verkeer kunnen we lezen in de protocollen.

Protocollen beogen houvast te geven. Elke zichzelf een beetje respecterende branche heeft er de laatste tijd wel een opgesteld (gezondheidszorginstellingen, basisscholen, kinderop- vang, universiteiten etc.). Zo weet je wat er wel en niet is toegestaan. Zo gaan we met elkaar om. Zo zorgen we ervoor dat we elkaar niet besmetten.

Afhankelijk van plaats en cultuur worden ze aangeduid als onze "voorschriften", "spelre- gels", of "afspraken". Dat laatste moeten we met een korreltje zout nemen. Een echte afspraak wordt natuurlijk niet gemaakt. Het gaat om eenzijdig afgekondigde regels waar- aan degene tot wie het protocol zich richt – de werknemer, de klant, de consument, de gebruiker – zich in beginsel heeft te houden, net zo goed als de werkgever, de winkelier, de producent en de bedrijfsleider etc.

Protocollen zijn, anders dan nog wel eens wordt gedacht, geen harde voorschriften. Protocollen zijn niet meer dan algemene instructies die geschikt zijn voor het normale geval. Onder bijzonder omstandigheden moet ervan kunnen worden afgeweken. Zeker als het volgen van het protocol zijn doel voorbijschiet of als er niet mee wordt gerealiseerd wat wordt beoogd. Een protocol is geen wet, je hoeft je er niet steeds aan te houden.

Het gevaar van een overmatig gebruik van protocollen is dat ze tot denkluheid leiden. Protocollen zijn opgesteld voor de standaardgevallen. Bij professioneel gebruik moet steeds weer opnieuw bekeken worden of het protocol in een specifiek geval nog wel adequaat is. En zo niet, dan moet je je er niet aan houden. Maar dat laatste vergt nogal wat. Dan kan er niet meer gewerkt worden op de automatische piloot, met routine, maar moet er een aparte – wellicht afwijkende – beslissing worden genomen. En juist aan dat laatste schort het nogal eens.

Met al die protocollen is op zichzelf dan ook niet veel mis. Ze vullen de ruimte die de wettelijke regels openlaten. Ze zijn eenvoudigweg nodig om de wettelijke regels te operationaliseren. Je moet ze alleen wel op de goede manier gebruiken. Dat laatste wil er helaas in de praktijk nog wel eens bij inschieten.

Protocollen zijn er niet alleen voor het gebruik door de producent en de consument. Zij vervullen ook nog een andere functie. Zij worden ook gebruikt om jegens het bevoegd gezag aan te tonen dat de branche klaar is om aan de eisen van de anderhalvemetersamenleving te voldoen. De protocollen werken dus twee kanten op. Zij vormen ook de "bewijslast" dat aan de wettelijke regels wordt voldaan. Zij vergemakkelijken aldus ook de spontane naleving van de wettelijke regels. En daarmee zijn we weer aangekomen bij de spontane naleving waarmee deze paragraaf begon, en is voor nu de cirkel weer even rond.