

Internet consultatie Test- en vaccinatiebewijzen

De voor het voorstel van wet gebruikte toets (en deels ook het toetsingskader) is gebrekkig, en schiet op onderdelen tekort. Dit geldt wel zeer in het bijzonder voor toetsing aan het discriminatieverbod en de plicht tot gelijke behandeling. Er ontbreekt *elke* toetsing aan artikel 1 van de Grondwet en verdragsrechtelijke equivalenten. Deze bepalingen worden als een *afterthought* genoemd (blz. 12 en 13 van de toelichting), wat betreft de verdragsrechtelijke gelijkheids- en non-discriminatie-bepalingen op wel uiterst gebrekkige en onvolledige wijze. Over artikel 1 Grondwet wordt botweg gesteld dat daaraan voldaan wordt zonder ook maar enig argument daarvoor te noemen. Ook een toets aan de verdragsbepalingen blijft volledig achterwege.

Dit is verrassend nu het verplicht stellen van vaccinatie- en testbewijzen een inherent onderscheid maakt op grond van fysieke gesteldheid, nu het gevolg is dat daardoor personen worden uitgesloten van toegang tot relevante minder en meer essentiële diensten, bijeenkomsten, gelegenheden en zelfs onderwijs. Met andere woorden de voorgestelde wetgeving is inherent discriminerend in de zin van 'onderscheid makend'.

De plaats en betekenis van artikel 1 van de Grondwet (en internationale mensenrechtenverplichtingen waaraan het Koninkrijk zich heeft verbonden) is niet die van een tekst op een muurtje buiten het Binnenhof. Het dient bij dit wetsvoorstel voorop te staan bij beantwoording van de vraag of wetgeving gerechtvaardigd is die onderscheid maakt op grond van fysieke gezondheidstoestand wanneer deze wetgeving bewerkt dat mensen worden uitgesloten bij bepaalde gelegenheden, zelfs bepaalde vormen van onderwijs, terwijl anderen dat niet worden.

Het plausibel aan te nemen dat het, in geval degenen die geweigerd worden omdat zij (feitelijk, rechtelijk of in redelijkheid) niet kunnen worden gevaccineerd of getest, gaat om een fysieke gesteldheid die een zo zeer aan de persoon gebonden eigenschap is, dat de betreffende persoon daaraan niets kan veranderen, dat dit onderscheid gelijk is te stellen aan onderscheid op basis van handicap, seksuele gerichtheid of ras.

Dit een en ander impliceert dat het uitsluiten van iemand op grond van het niet kunnen tonen van een vaccinatie- of testbewijs aan wel zeer sterke rechtvaardigingseisen moet voldoen.

Aan het criterium (gebruikt in het toetsingskader aangereikt door de Gezondheidsraad) dat gebruik van het vaccinatie- of testbewijs niet tot discriminatie mag leiden, kan niet makkelijk worden voldaan, nu het gebruik van de bewijzen een inherent onderscheid maakt op grond van fysieke gesteldheid, en is daarmee inherent discriminerend.

Ter zake van de rechtvaardigingstoets worden hieronder kanttekeningen gemaakt, en wordt nog een opmerking gemaakt over het eerste element van het door de Gezondheidsraad geformuleerde toetsingskader dat de regering zich hier eigen maakt, en ten slotte over het verhullend taalgebruik van

Opmerkingen over de rechtvaardigingstoets:

- De toelichting maakt weliswaar duidelijk – hetgeen overigens evident is – waarom het wenselijk is personen die gevaccineerd of getest zijn toegelaten moeten worden tot een voor het publiek toegankelijke voorziening of een publieke dienst, maar schiet tekort in het specifiek rechtvaardigen waarom iemand die niet kan of wil (feitelijk of in redelijkheid) worden gevaccineerd of getest mag worden geweigerd.

- Het onderscheid tussen wat een essentiële en een niet-essentiële gelegenheid is, wordt niet voldoende duidelijk gemaakt in geobjectiveerde termen. Dit is van bijzonder belang bij de rechtvaardiging van het uitsluiten van personen van een gelegenheid of dienst.
- De noodzakelijkheid van het bewijs kent ook een subsidiariteitseis: zijn er minder ingrijpende middelen. Dit zal van belang zijn in verband met de rechtvaardiging van het weigeren van toegang tot een publieke gelegenheid of openbare dienst.

Niet-essentiële sectoren

- Bij niet-essentiële sectoren moet telkens worden gerechtvaardigd waarom andere (combinaties van) maatregelen – bijvoorbeeld wat betreft ontsmetting, eigen verklaringen, inrichting, bewegingen naar, binnen, of bij het verlaten van de ruimte of stationaire plaatsing op een onderlinge afstand van 1,5 m, ventilatie, afscherming, bewegingsbeperkingen en dergelijke – zodanig ingrijpend zijn dat deze niet gevegd kunnen worden ten aanzien van wie op grond van testbewijs alleen de toegang moet ontzegd tot de betrokken gelegenheid.
- Het blijkt niet uit de toelichting hoe deze afweging moet worden gemaakt, noch in het algemeen bij het stellen van de eis, noch in concrete gevallen waarin iemand de toegang wordt geweigerd.
- Te onduidelijk blijft waarin de eisen die aan deze rechtvaardiging worden gesteld bij niet-essentiële gelegenheden en diensten kan verschillen van die bij essentiële diensten.

Essentiële sectoren

- Bij essentiële sectoren van het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs die als enige gedekt worden in de voorgestelde wet, zal in beginsel een hogere eis gesteld moeten worden aan de rechtvaardiging van een bewijsplicht in het licht van bestaande alternatieven. Dit zal ook betrekking moeten hebben op de mogelijkheid of onmogelijkheid van digitaal of andere alternatieve onderwijsvormen, en meer in het bijzonder de wijze waarop deze dezelfde of equivalente leerdoelen bereikbaar maken. Pas als deze niet redelijkerwijs kunnen worden bereikt via alternatieve onderwijsvormen, kan waarschijnlijk pas aan de proportionaliteitseis zijn voldaan. Als dit niet zo is, zou moeten worden uitgelegd waarom ook als op alternatieve wijzen de leerdoelen kunnen worden bereikt toch het belang van fysiek onderwijs zo groot is dat het uitsluiten van sommigen daarvan gerechtvaardigd is.
- In de huidige tekst van de toelichting is de rechtvaardiging van uitsluiting van bepaalde onderwijsvormen ten opzichte van de uitgesloten studenten mager; te uitsluitend ligt de nadruk op de rechtvaardiging van de eis voor wat betreft de studenten die toegelaten zullen worden, te weinig op waarom anderen uitgesloten mogen worden.
- De mogelijkheid van het vereisen van een vaccinatie- en testbewijs voor het volgen van hoger onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs vergt in het huidige voorstel slechts een nader te reguleren inspanningsverplichting om toegang tot het onderwijs te waarborgen voor wie geen vaccinatie- of testbewijs kan tonen (art. 58ra, derde lid onder b). In wezen staat voorop dat er geen waarborg hoeft te zijn die verder gaat dan een nog te specificeren inspanningsverplichting.

Dit is te zwak om bij deze essentiële publieke voorziening te kunnen voldoen aan de subsidiariteitseis ten aanzien van het grondwettelijke recht van uitgesloten personen op gelijke behandeling. Het zou beter zijn deze bepaling om te keren en de waarborg van toegankelijkheid tot uitgangspunt te maken. De bepaling ware dan beter te formuleren als een waarborg van de toegankelijkheid tot onderwijs, waarbij eventuele beperking bij amvb (of minder wenselijke lagere regeling?) beperkt kan worden.

- De formulering van artikel 58ra, tweede lid, wetsvoorstel maakt het mogelijk om toegang tot *elke* vorm van toegang tot hoger onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs te onderwerpen aan een vereist vaccinatie- of testbewijs. Ook indien dit begrepen moet worden als toegang tot onderwijsvormen waarbij studenten fysiek aanwezig moeten zijn, is het de vraag of dit niet ook in de tekst van de wet nader beperkt moet worden om proportioneel te kunnen zijn.
- De toelichting (blz. 5) is wellicht niet geheel overtuigend op het punt dat in het hoger onderwijs een vaccinatie- en testbewijs niet toelaatbaar is als dit leidt tot significant meer dan een derde van de studenten. Men kan zich afvragen waarom de eis toelaatbaar is wanneer dit leidt tot fysieke deelname van een derde of minder studenten, en niet wanneer dit leidt tot een hogere participatie, wat toch de doelstelling is van de bewijsplicht. Is daarnaast het argument ook geldig bij alle onderwijsvormen bijvoorbeeld ook bij intensieve werkgroepen, patiëntenzorg of bepaald laboratoriumwerk, of pakt het kwantitatieve argument niet anders uit?

Opmerking over het toetsingskader:

- De eerst gesteld eis luidt dat de bewijsplicht niet alleen noodzakelijk en effectief moet zijn voor het openen van

maatschappelijke evenementen, maar ook en tegelijkertijd dat deze plicht *noodzakelijk en effectief zijn voor het terugdringen van de virusverspreiding*.

Aan deze laatste, absoluut geformuleerde eis zal invoering van een bewijsplicht niet snel kunnen voldoen, en voldoet de voorgestelde wetgeving ook niet. Het stellen van de vaccinatie- en testplicht zal niet aantoonbaar leiden tot een vermindering van de verspreiding van het virus, en het zou waarschijnlijk ook onredelijk zijn die eis te stellen.

Bedoeld zal zijn dat de maatregel noodzakelijk en effectief moet zijn in het *beperken van het risico op verspreiding* in vergelijking tot de vermoedelijke verspreiding bij openstelling van niet-essentiële en essentiële zonder zo'n vaccinatie- en testplicht.

Een tekstuele opmerking met het oog op de anti-vaxxers, sceptici en twijfelaars:

- De toelichting verhult, door telkens alleen te spreken van 'een test', al te zeer dat het niet gaat om testbewijzen alleen, maar ook om *vaccinatiebewijzen* die praktisch op dezelfde voet gesteld worden aan een testbewijs. Met 'test' moet telkens ook gedacht worden aan 'vaccinatie'. Dit verhullend taalgebruik helpt niet bij het verhogen van de vaccinatiegraad onder degenen die twijfelen aan vaccineren, en kan onnodige achterdocht opwekken. Het gestelde dat een vaccinatiebewijs ook vervangen kan worden door een testbewijs verandert weinig aan de wettelijke gelijkstelling van vaccinatiebewijs aan testbewijs, en daarmee van testen en vaccinaties. Wellicht is dit punt daarom meer en duidelijker toelichting waard dan nu het geval is, mede in het licht van de grote mate van consensus die in Nederland van oudsher bestaat over het niet kunnen verplichten tot vaccinatie.