

Grondrechtenconstellaties: lichamelijke integriteit, religie en de sociale rechtsstaat

Ingrid Leijten*

I. Inleiding

Grondrechtelijk beschermde vrijheden staan niet op zichzelf. Een bekend voorbeeld betreft de spanning tussen de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst. Hoe ver de ene vrijheid reikt, is mede afhankelijk van de impact daarvan op andere rechten. Anders gezegd: rechten dienen gestalte te krijgen, of te worden geoptimaliseerd,¹ in het licht van de feitelijke en juridische context. De coronapandemie heeft een ander voorbeeld in de schijnwerpers gezet. Het recht op persoonlijke levenssfeer, dat vergaand werd beperkt door onder meer lockdowns en een avondklok, kan botsen met het recht op leven en op gezondheid.² In deze bijdrage staat een onderwerp centraal dat hiermee enkele parallellen vertoont, namelijk de grondrechtelijke bescherming van religie en lichamelijke integriteit. Hieronder wordt duidelijk dat het recht op vrijheid van godsdienst en lichamelijke integriteit niet zelden in elkaars verlengde liggen, bijvoorbeeld als sprake is van een weigering van een medische ingreep om religieuze redenen.³ Er kan echter ook sprake zijn van een conflict, bijvoorbeeld als het gaat om besnijdenis van kinderen.⁴ Daar komt bij dat een inmenging in de lichamelijke integriteit en/of de godsdienstvrijheid soms gerechtvaardigd kan worden door de belangen en rechten van anderen, zoals die die verband houden met gezondheid.⁵

In deze bijdrage probeer ik enkele grondrechtelijke spanningen die samenhangen met religie en lichamelijke integriteit te ontwarren. Wanneer welk recht prevaleert, of wanneer een beperking van een grondrecht precies is toegestaan, is niet altijd in abstracto te bepalen. Wel kan aan de hand van verschillende

* DOI 10.7590/ntkr_2022_008

Prof. dr. A.E.M. Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University.

¹ Zie Robert Alexy, die grondrechten heeft geconceptualiseerd als *Optimierungsgebote*, die steeds zoveel mogelijk, gezien de juridische en feitelijke mogelijkheden daartoe, moeten worden verwezenlijkt. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 1985.

² Voor de rechter ging het dan om de vraag of de beperking van het recht op persoonlijke levenssfeer of privéleven gerechtvaardigd was. Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057; Rb. Den Haag (vzr.) 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100; Hof Den Haag (vzr.) 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285; Rb. Den Haag 10 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4773; Rb. Den Haag 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:982; Hof Den Haag 14 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2453.

³ Nieuwenhuis e.a. hebben het dan over 'samenloop'; zie A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 176 e.v.

⁴ Zie over jongensbesnijdenis A. Nieuwenhuis, 'De grondrechtelijke positie van de jongensbesnijdenis', *Tijdschrift voor Recht, Religie en Beleid* (5) 2014, afl. 1, p. 18-33.

⁵ Zie nader o.m. par. 2.3 van deze bijdrage.

grondrechtenconstellaties grip worden gekregen op de werking van grondrechten, zonder dat uitkomsten bij voorbaat vaststaan. Op deze manier kan een duidelijker beeld worden verkregen van (de spanning tussen) religie en lichamelijke integriteit als grondrechtenkwestie.

Hieronder wordt de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) tot uitgangspunt genomen. Dit omdat de rijke EHRM-rechtspraak, in combinatie met de beperkingsmogelijkheden van de rechten uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), een goede illustratie vormt van het niet-geïsoleerde karakter van de verschillende grondrechten.⁶ De focus zal liggen op het weigeren van medische behandelingen op religieuze gronden, zoals bloedtransfusie en vaccinatie. Dit thema zal om te beginnen worden geïntroduceerd aan de hand van twee richtinggevende EHRM-uitspraken. De bespreking van *Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland* (2010)⁷ en *Vavříčka en anderen/Tsjechië* (2021)⁸ zal vervolgens de basis vormen voor het uitlichten van verschillende grondrechtenconstellaties waarin zowel religie als lichamelijke integriteit een rol spelen. Tegen de achtergrond van het idee van sociale solidariteit, zoals dat ook in de rechtspraak van het EHRM opduikt, wordt dan nog stilgestaan bij Nederlandse ontwikkelingen, en de vraag hoe deze in het licht hiervan moeten worden beoordeeld. Ik sluit af met enkele concluderende opmerkingen.

2. Twee richtinggevende EHRM-uitspraken

Voordat ik duik in twee zogenoemde *landmark cases* van het EHRM, is het goed even stil te staan bij de EVRM-bepalingen die in de context van religie en lichamelijke integriteit van belang zijn. Om te beginnen is dat het recht op vrijheid van godsdienst, oftewel het in artikel 9 EVRM vastgelegde recht op 'freedom of thought, conscience and religion'. In de Nederlandse vertaling⁹ lezen we dat '[e]en ieder recht [heeft] op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst' en dat 'dit recht [tevens] omvat [...] de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften'. Dit grondrecht is niet absoluut, maar kan tegelijk 'aan geen andere beperkingen

⁶ Zie uitgebreid over het EVRM en de bijbehorende beperkingssystematiek, J.H. Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011.

⁷ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02; *EHRC* 2010/89 m.nt. Gerards; *JG* 2010/111 m.nt. Hendriks (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

⁸ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen; *EHRC Updates* 2021/109, m.nt. Hendriks en m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁹ Het betreft hier een niet-officiële vertaling.

worden onderworpen dan die die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.¹⁰ Over de reikwijdte van dit recht volgt later meer. Wel kan alvast worden opgemerkt dat zelfs wanneer een op religieuze gronden gebaseerde weigering van een medische behandeling niet onder het bereik van artikel 9 EVRM valt, het recht op lichamelijke integriteit dit (groten)deels kan opvangen.

Het recht op lichamelijke integriteit is niet als zodanig in de tekst het EVRM terug te vinden.¹¹ Wel vinden we in artikel 8 EVRM het 'recht van een ieder op eerbiediging van zijn privé-, familie- en gezinsleven, evenals zijn woning en zijn correspondentie'. Vooral het recht op privéleven is veelomvattend,¹² en beschermt ook de lichamelijke integriteit.¹³ Deze mag alleen worden beperkt 'voor zover [de beperking] bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.¹⁴ De ruime reikwijdte van artikel 8 gaat dus samen met ruime beperkingsmogelijkheden, waarbij proportionaliteit¹⁵ steeds een vereiste is.

Naast de artikelen 9 en 8 EVRM kan bovendien worden gedacht aan artikel 3 EVRM: 'Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen'. Het betreft een absoluut recht dat nooit beperkt mag worden. Met andere woorden: wordt iets onder een van de in het artikel gebruikte noemers geschaard, dan is het per definitie verboden. Dit is bijvoorbeeld het geval bij meisjesbesnijdenis.¹⁶

Tot slot is artikel 14 EVRM het noemen waard. Dit onzelfstandige¹⁷ discriminatieverbod is van toepassing als het gaat om het genot van de rechten en vrijheden uit het EVRM. Discriminatie is verboden, maar dat wil niet zeggen dat

¹⁰ Art. 9 lid 2 EVRM.

¹¹ Anders dan in de Nederlandse Grondwet, waar in art. 11 het recht op 'onaantastbaarheid van het lichaam' te vinden is.

¹² Bijv. EHRM 17 december 1992, appl. no. 13710/88, par. 29 (*Niemietz/Duitsland*). Zie voor een uitgebreide discussie van de reikwijdte van en rechtspraak over artikel 8 EVRM: De Vries (2020), p. 145-166.

¹³ Zie, voor het eerst, EHRM 26 maart 1985, appl. no. 8978/80 (*X. en Y./Nederland*).

¹⁴ Art. 8 lid 2 EVRM.

¹⁵ Dat een beperking 'noodzakelijk in een democratische samenleving moet zijn, wordt door het EHRM vertaald in een eis van – kort gezegd – proportionaliteit.

¹⁶ Vgl. EHRM 17 mei 2011 (ontv. besl.), appl. no. 43408/08 (*Izezbekhai e.a./Ierland*). Ingewikkelder ligt het bij jongensbesnijdenis, zie A. Nieuwenhuis, 'De grondrechtelijke positie van de jongensbesnijdenis', *Tijdschrift voor Recht, Religie en Beleid* (5) 2014, afl. 1, p. 18-33.

¹⁷ Vgl. art. 1 P12 EVRM, dat geldt ongeacht of een door het EHRM beschermd belang door de ongelijke behandeling wordt geraakt.

geen enkele ongelijke behandeling is toegestaan. Een dergelijke behandeling, ook als sprake is van vergelijkbare gevallen, kan gerechtvaardigd zijn wanneer daarvoor objectieve en redelijke gronden bestaan. Bij onderscheid op grond van religie heeft het EHRM bijvoorbeeld geoordeeld dat het weigeren van ouderschapsrechten aan een ouder vanwege diens religieuze overtuiging, ontoelaatbare discriminatie vormt.¹⁸

2.1. De zaak *Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*

Deze uitspraak uit 2010 draaide om de gemeenschap van Jehova's getuigen in Moskou; mede-klagers waren vier leden van die gemeenschap. In 2004 werd de gemeenschap ontbonden en werden haar activiteiten permanent verboden. Er zou namelijk onder meer sprake zijn van het beschadigen van de gezondheid van de leden van de gemeenschap. De organisatie en overige klagers klaagden onder verwijzing naar de artikelen 6 (eerlijk proces), 9, 11 (vrijheid van vereniging) en 14 dat het ontbinden van de gemeenschap en het verbieden van haar activiteiten in strijd was met het EVRM. In zijn beoordeling van de zaak benadrukt het Hof om te beginnen het fundamentele karakter van het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het belang ervan voor de democratische samenleving en pluralisme.¹⁹

De ontbinding en het verbod hadden een wettelijke grondslag waarmee het legitieme doel werd nagestreefd de gezondheid en de rechten van anderen te beschermen in lijn met de beperkingseisen volgend uit de artikelen 9 en 11 EVRM.²⁰ Als het gaat om de vraag of de maatregelen noodzakelijk in een democratische samenleving waren, concludeert het Hof echter dat er geen sprake was van de benodigde feitelijke basis. De beperkingen die de gemeenschap haar leden stelde, waren niet fundamenteel anders dan de beperkingen die andere religies gelovigen oplegden.²¹ Relevant voor deze bijdrage zijn echter vooral de opmerkingen die het EHRM maakt over het weigeren van bloedtransfusies door Jehova's getuigen.

Een van de redenen voor ontbinding was volgens de autoriteiten het aanmoedigen van suicide en het weigeren van medische behandeling. Het EHRM maakt daarbij duidelijk dat het weigeren van bepaalde – maar niet alle – medische assistentie niet gelijk kan worden gesteld aan suicide.²² Jehova's getuigen geloven dat de Bijbel het innemen van bloed van anderen en dus ook bloedtransfusie verbiedt. Sommige Jehova's getuigen dragen om die reden een 'No Blood'-pasje bij zich dat duidelijk maakt dat ze dit onder alle omstandigheden weigeren

¹⁸ Bijv. EHRM 23 juni 1993, appl. no. 12875/87 (*Hoffmann/Oostenrijk*).

¹⁹ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 99 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

²⁰ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 109 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

²¹ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 118 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

²² EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 132 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

vanwege hun geloof. Verschillende leden van Jehova's Witnesses Moscow waren inderdaad opgenomen in het ziekenhuis en hadden tegen het advies van de medische specialisten een bloedtransfusie geweigerd.

Het Hof benadrukt dat het weigeren van een potentieel levensreddende behandeling op religieuze gronden een kwestie is van aanzienlijke juridische complexiteit. Het gaat hier over een conflict tussen het belang van de staat in het beschermen van het leven en de gezondheid van zijn burgers enerzijds en het recht van het individu op persoonlijke autonomie in de sfeer van fysieke integriteit en religie anderzijds.²³ Blijkbaar had de Russische wetgeving tot doel individuen te beschermen tegen het maken van irrationele of onverstandige keuzes. Deze assumptie stond in de weg aan een belangenafweging tussen publieke gezondheid en persoonlijke autonomie en godsdienstvrijheid, terwijl volgens het Hof een dergelijke afweging nu juist belangrijk is.²⁴

Het benadrukt dat 'the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of iets guarantees'.²⁵ Dit houdt ook in dat iemand kan kiezen voor fysiek schadelijke of gevaarlijke activiteiten. In de context van medische hulp, zelfs als een weigering een dodelijke afloop kan hebben, geldt dat het uitvoeren van een medische behandeling zonder toestemming van een handelingsbekwame volwassene de rechten van artikel 8 EVRM aantast.²⁶ Zolang er geen rechten van derden in het spel zijn, moet de Staat zich onthouden van inmenging in de keuzevrijheid in de context van gezondheidszorg, 'for such interference can only lessen and not enhance the value of life'.²⁷

Dit uitgangspunt was ook verankerd in Russische wetgeving, en de kritiek op de gemeenschap getuigde volgens het Hof dan ook van de opvatting dat de weigeringen van Jehova's getuigen geen uiting van hun vrije wil waren.²⁸ Onder verwijzing naar internationale rechtspraak maakt het Hof echter duidelijk dat dat niet licht kan worden aangenomen.²⁹ Bovendien is het recht 'to try to con-

²³ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 134 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*). Zie ook EHRM 29 april 2002, app. no. 2346/02, par. 62 e.v., over hulp bij euthanasie (*Pretty/het VK*).

²⁴ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 134 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

²⁵ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 135 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*); zie ook EHRM 29 april 2002, app. no. 2346/02, par. 61, 65 (*Pretty/het VK*).

²⁶ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 135 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*); zie ook EComHR 10 december 1984, appl. no. 10435/83, over verplichte tuberculosescreening (*Acmanne e.a./België*).

²⁷ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 136, waarbij het EHRM verwijst naar onder meer Canadese rechtspraak, zie par. 85 en 87 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

²⁸ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 138 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

²⁹ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 135 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

vince one's neighbour' een essentieel element van godsdienstvrijheid.³⁰ Ook het vooraf invullen van een 'No Blood'-pasje kon worden gezien als uiting van een doordachte keuze. Er was geen bewijs voor het ontbreken van een vrije keuze, en evenmin van daadwerkelijke schade – ter onderbouwing van de ontbinding van de gemeenschap werd enkel gewezen op het feit dat daarbinnen weigering van bloedtransfusies werd geprekeet. Het Hof concludeert dan ook dat geen is sprake van een 'pressing social need' en 'relevant and sufficient reasons' om de beperking van het recht op persoonlijke autonomie in de context van religie en lichamelijke integriteit te rechtvaardigen.³¹

Uiteindelijk draait de zaak *Jehova's Witnesses Moscow* om het oordeel over de gemeenschap, en niet om een concreet geval van weigering van een medische behandeling. Maar juist ook hierdoor zijn de opmerkingen van het EHRM van een vrij algemeen karakter, en maken zij op een aantal punten inzichtelijk hoe het EHRM tegen religie in combinatie met lichamelijke integriteit aankijkt. Voordat ik daar nader bij stilsta, volgt eerst een bespreking van een tweede – op punten contrasterende – uitspraak.

2.2. De zaak Vavříčka e.a./Tsjechië

In april 2021 oordeelde de Grote Kamer van het EHRM in *Vavříčka en anderen/Tsjechië* dat verplichte vaccinatie geen schending vormt van artikel 8 EVRM.³² De uitspraak leent zich goed voor het illustreren van een aantal belangrijke gezichtspunten, waarvoor het dan wel nodig is de redenering van het EHRM in enig detail te bespreken.

De zaak betrof verschillende klachten van personen die niet aan de vaccinatieplicht wilden voldoen dan wel hun kinderen niet wilden laten vaccineren. De algemene plicht in Tsjechië betreft vaccinatie tegen negen welbekende ziekten. De plicht kan niet fysiek worden afgedwongen. Wel kan iemand een boete krijgen van circa 400 euro als er niet aan de plicht wordt voldaan, en worden niet-gevaccineerde kinderen niet toegelaten tot *preschool*, een soort kinderopvang en kleuterschool voor kinderen tussen ongeveer 2 en 6 jaar. Er bestaat een uitzondering voor kinderen die om gezondheidsredenen niet kunnen worden gevaccineerd.

De verschillende klagers – die allen te maken kregen met een boete dan wel een weigering van (voortzetting van) toegang tot voorschoolse faciliteiten – klaagden voor het Hof dat de vaccinatieplicht in strijd was met hun recht op respect voor privéleven van artikel 8 EVRM. Enkelen beriepen zich tevens op

³⁰ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 139 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*); zie ook EHRM 25 mei 1993, appl. no. 14307/88, par. 31 (*Kokkinakis/Griekenland*).

³¹ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 142 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

³² Zie ook EHRC Updates 2021/109, m.nt. A.C. Hendriks & P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt (nader besproken onder 3.4.).

de vrijheid van geweten en godsdienst uit artikel 9 en de vrijheid van onderwijs als vastgelegd in artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Op 17 december 2019 stond de Kamer waaraan de zaak was toebedeeld de rechtsmacht af aan de Grote Kamer van het EHRM. Dit gebeurt als de zaak belangrijke vragen oproept met betrekking tot de interpretatie van het EVRM. Verschillende landen en ook NGO's intervenueerden in de zaak.

In de uitspraak van bijna 100 pagina's staat de Grote Kamer vooraf stil bij het feit dat het gaat om negen standaardvaccinaties tegen ziekten die goed bekend zijn binnen de medische wetenschap.³³ De vraag is dan om te beginnen of de verplichting daadwerkelijk een inmenging vormde in het recht op privéleven. Geen van (de kinderen van) de klagers was immers onvrijwillig gevaccineerd. In plaats daarvan was sprake van nadelen die verbonden waren aan de keuze om niet te vaccineren. Volgens het EHRM vormden deze effecten inderdaad een inmenging in het recht op privéleven van klagers.³⁴

De vervolgvraag is dan of de inmenging in de rechten van klagers gerechtvaardigd was. Ten eerste moet de beperking 'provided by law' ('lawful') zijn. Dit betekent niet dat er sprake moet zijn van een basis in parlementaire wetgeving.³⁵ In dit geval was de vaccinatieplicht vastgelegd in een combinatie van parlementaire en lagere regelgeving. Bovendien hadden Tsjechische rechters al geoordeeld dat deze wettelijke basis in lijn was met het Tsjechische constitutionele recht.³⁶

Een beperking van het recht op respect voor privéleven moet ook een in het tweede lid van artikel 8 genoemd doel dienen. Het doel van de vaccinatieplicht was hier de bescherming tegen ziekten, zowel van gevaccineerde personen als van anderen die (nog) niet gevaccineerd konden worden en dus kwetsbaar waren. Die laatsten worden beschermd als er sprake is van een hoge vaccinatiegraad. Deze doelen waren in lijn met de bescherming van de gezondheid en van de rechten van anderen zoals verwoord in artikel 8, en dus evenmin een reden om de vaccinatieplicht niet gerechtvaardigd te achten.³⁷

De vaccinatieplicht diende echter ook nog 'noodzakelijk in een democratische samenleving' te zijn. De Grote Kamer staat eerst stil bij de *margin of appreciation* (beoordelingsruimte) die Staten in een zaak als deze toekomt. Hier geldt dat het enerzijds gaat om een verplichte medische interventie, en dus om 'the indi-

³³ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 158 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

³⁴ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 263-264 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*). Uit EHRM 15 maart 2012, appl. no. 24429/03 (*Solomakhin/Oekraïne*) volgde al dat daadwerkelijke onvrijwillige vaccinatie een inmenging in artikel 8 vormt.

³⁵ Dit is wel een eis die volgt uit verschillende grondrechtelijke bepalingen uit de Nederlandse Grondwet. Zie hierover nader par. 4.2.

³⁶ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 270 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

³⁷ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 272 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

vidual's effective enjoyment of intimate rights'.³⁸ Tegelijkertijd was er geen sprake van het toedienen van vaccinaties tegen de wil van de klagers, en dit was wettelijk ook niet mogelijk.

Het Hof geeft vervolgens aan dat er consensus onder lidstaten bestaat dat vaccinatie een van de meest succesvolle en kosteneffectieve gezondheidsmaatregelen is en dat gestreefd moet worden naar de hoogst mogelijke vaccinatiegraad.³⁹ Daarvoor maken Staten echter gebruik van verschillende methodes. Het Tsjechische model – met overeenkomsten met dat van de interveniërende Staten Frankrijk, Polen en Slowakije – was van een meer prescriptieve aard. Ook in andere landen ziet het EHRM een toename van dergelijke aanpakken mede in het licht van een afname van vrijwillige vaccinatie en de resulterende afnemende groepsimmunitet.⁴⁰ Het gaat hier om een gevoelige kwestie, maar ook over sociale solidariteit en het doel om de gezondheid van iedereen te beschermen, en in het bijzonder die van kwetsbaren.⁴¹ Al met komt de Staat volgens het Hof een ruime *margin of appreciation* toe.

Er is bovendien sprake van een *pressing social need* nu expertopinions in het Tsjechische dossier het belang van een (voortdurende) vaccinatieplicht onderstreepen.⁴² Daarbij benadrukten de experts het risico voor de individuele en de publieke gezondheid dat zou bestaan bij een daling van de vaccinatiegraad zodra vaccinatie niet meer verplicht zou zijn. De keuze van de Tsjechische wetgever was bovendien omkleed met relevante en voldoende redenen. Hoewel verplichte vaccinatie niet de enige weg was, was hier ook van belang dat bij afwegingen met betrekking tot gezondheidszorg, het aan de nationale autoriteiten is om prioriteiten, het gebruik van middelen en de noden van de maatschappij te beoordelen.⁴³ Daarbij geldt dat in alle besluiten die kinderen betreffen, de 'best interests' van die kinderen van het grootste belang zijn.⁴⁴ Waar vrijwillige vaccinatie niet voldoende opleverde in termen van groepsimmunitet en bescherming van kwetsbare(n) (kinderen), was het redelijk voor nationale autoriteiten om dit doel middels verplichte vaccinatie te bereiken.⁴⁵

Dan blijft echter nog over de vraag of de beperking van het recht op respect voor privéleven proportioneel was in relatie tot het ermee gediende doel. Daarbij

³⁸ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 276 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*); zie ook EHRM 15 maart 2012, appl. no. 24429/03, par. 33 (*Solomakhin/Oekraïne*).

³⁹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 277 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴⁰ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 278 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴¹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 279 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴² EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 280 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴³ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 281-284 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴⁴ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 285 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴⁵ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 286-288 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*); zie ook bijv. EHRM 6 juli 2010, appl. no. 41615/07, par. 135, over het terugsturen van een minderjarige naar Israël (*Neulinger en Shuruk/Zwitserland*).

speelt een aantal gezichtspunten een rol.⁴⁶ Om te beginnen was de plicht niet absoluut; er waren uitzonderingen voor kinderen die om gezondheidsredenen niet gevaccineerd konden worden. Ook bestond er een recht op een ‘secular objection of conscience’. Het was niet mogelijk de vaccinatie toe te dienen tegen iemands wil. De boete die Vavříčka kreeg was bovendien niet bijzonder hoog. Het feit dat de betrokken kinderen geen gebruik konden maken van voorschoolse faciliteiten, was bedoeld om de gezondheid van jonge kinderen te beschermen, en dus eerder beschermend dan punitief van karakter.

Ook de procedurele waarborgen worden door het EHRM van belang geacht. Klagers konden in bezwaar en beroep en uiteindelijk zelfs terecht bij het constitutionele hof.⁴⁷ Voor de betrokken kinderen vormde uitsluiting van *preschool* het verlies van een belangrijke mogelijkheid om hun persoonlijkheid en vaardigheden te ontwikkelen. Dit was niettemin het gevolg van een keuze van hun ouders om zich niet te houden aan een wettelijke plicht die als doel heeft de gezondheid – in het bijzonder van kinderen – te beschermen.⁴⁸ Bovendien was dit nadeel beperkt in de tijd: zodra zij oud genoeg zijn, kunnen niet-gevaccineerde kinderen wel gewoon naar de basisschool. Al met al,

‘the Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practised protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination’.⁴⁹

Er is dus geen sprake van een schending van artikel 8 EVRM.⁵⁰ Maar hoe zat het nu met artikel 9 EVRM, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst? Drie klagers beriepen zich op dit artikel omdat vaccinatie niet in lijn was met hun overtuigingen. Nu deze niet religieus geïnspireerd waren stelt het Hof vast dat het hier gaat om gedachte en geweten, en dat het voor het eerst is dat het de verhouding tussen ‘gewetensbezwaren’ en artikel 9 als het gaat om een vaccinatieplicht beoordeelt.⁵¹ Het herhaalt daarbij dat niet iedere individuele gedraging die voortkomt uit een overtuiging, onder artikel 9 kan worden geschaard. Ook is van belang dat de vaccinatieplicht voor iedereen geldt, en dus

⁴⁶ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 290 e.v. (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴⁷ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 295 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴⁸ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 306 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁴⁹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 306 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁵⁰ Althans, dat concludeert het EHRM met een meerderheid van 16 tegen 1. Aan de uitspraak is een *dissenting opinion* gehecht van rechter Wojtyczek (en een *deels concurring*, *deels dissenting opinion* van rechter Lemmens, die het echter wel met deze conclusie eens was).

⁵¹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 330-331 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

niet een groep met bepaalde overtuigingen in het bijzonder raakt.⁵² De klagers hebben hun klachten onder artikel 9 onvoldoende onderbouwd – en in twee gevallen ook pas in de procedure voor het EVRM naar voren gebracht.⁵³ Dat het Hof tot de conclusie komt dat geen sprake is van een ‘overtuiging of geloof van voldoende overtuigingskracht, ernst, samenhang en dwingendheid’,⁵⁴ een eis die een vaste plaats kent in de jurisprudentie over de reikwijdte van artikel 9 EVRM, verbaast dan ook niet. Met een meerderheid van 16 tegen 1 stemmen, concludeert het Hof dat dit artikel in deze zaak niet toepasselijk is.⁵⁵

3. Religie en lichamelijke integriteit: constellaties en gezichtspunten

Twee heel verschillende zaken: waar *Jehova's Witnesses Moscow*, voor zover hier relevant, draait om de vraag of (het aanmoedigen tot) weigering van bloedtransfusie om religieuze redenen (mede) reden mag zijn om een geloofsgemeenschap te ontbinden, staat in *Vavříčka* de vraag centraal of een vaccinatieplicht gerechtvaardigd is centraal. De laatste zaak lijkt bovendien weinig met religie van doen te hebben. Toch lenen de twee uitspraken tezamen – en de rechtspraak waar zij op voortbouwen dan wel de basis voor vormen⁵⁶ – zich voor het identificeren van enkele onderscheiden die van belang zijn als het gaat om religie en lichamelijke integriteit als grondrechtenkwestie. Op basis van die verschillen zijn verschillende constellaties denkbaar. Daarbij moet natuurlijk in het achterhoofd worden gehouden dat omstandigheden steeds (enigszins) zullen afwijken, en de precieze context nu juist doorslaggevend is voor de vraag of een grondrecht – in dit geval een EVRM-recht – geschonden is. Ik begin hieronder met een onderscheid dat samenhangt met de vraag naar de reikwijdte van de relevante grondrechten. Daarna gaat het om de vraag of er sprake is van een inmenging, en wordt stilgestaan bij de gezichtspunten die een rol spelen bij het bepalen of die inmenging gerechtvaardigd ofwel proportioneel is.

⁵² EComHR 15 januari 1998, appl. no. 26536/95 (*Boffa e.a./San Marino*).

⁵³ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 334-336 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁵⁴ Zie voor deze eis, bijv., EHRM (GK) 7 juli 2011, appl. no. 23459/03, par. 110, een zaak over religieuze bezwaren tegen dienstplicht (*Bayatyan/Armenië*).

⁵⁵ Dissenter Wojtyczek is ook hier degene die niet meegaat met de meerderheid (zie par. 17 van de dissent).

⁵⁶ Zie bijv. Recent EHRM 20 juli 2021, appl. no. 12886/16 over post-mortem onderzoek van een overleden baby dat door de ouders op religieuze gronden was geweigerd (*Polat/Oostenrijk*).

3.1. Het recht op vrijheid van godsdienst is wel of niet van toepassing

In *Jehova's Witnesses Moscow* stond de toepasselijkheid van de vrijheid van godsdienst buiten kijf. Het inhoudelijke gedeelte van de zaak begint met de opmerking dat

‘as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned’.⁵⁷

Dit kan worden verklaard door de overkoepelende rechtsvraag die het verbod op de gemeenschap van Jehova's getuigen in Moskou en haar handelingen betrof. Over de toepasselijkheid van artikel 9 EVRM met betrekking tot de weigering van medische ingrepen laat het Hof zich niet expliciet uit. Het noemt in deze context wel in algemene termen ‘the rights of believers to respect for their private life and to freedom to manifest their religion in practice and observance’.⁵⁸ Ook in de overige relevante paragrafen valt op dat religie en lichamelijke integriteit vaak in een adem worden genoemd (‘the sphere of physical integrity and religious beliefs’).⁵⁹

In *Vavříčka* daarentegen gaat het Hof expliciet in op de reikwijdte van artikel 9 EVRM, nu verschillende klagers zich ook beriepen op hun overtuigingen. Het Hof stelt vast dat het (dus) niet gaat om de vrijheid van religie, maar om de verhouding tussen gewetensbezwaren en artikel 9 in relatie tot een vaccinatieplicht. De conclusie dat de klachten te weinig zijn onderbouwd en dat er geen sprake lijkt van voldoende overtuigingskracht, ernst, samenhang en dwingendheid,⁶⁰ evenals het feit dat niet iedere individuele gedraging die voortkomt uit een overtuiging, onder artikel 9 kan worden geschaard,⁶¹ zijn reden om de klachten niet-ontvankelijk te verklaren. Mede doordat het Hof – hoewel het hier gaat om geweten – ook put uit de jurisprudentie over levensovertuigingen, blijft onduidelijk of en in hoeverre zijn beoordeling heel anders zou uitpakken in geval sprake is van religieuze bezwaren. Zolang het gaat om algemene regelgeving lijkt niet vast te staan dan artikel 9 dan wel toepasselijk zou zijn.⁶²

⁵⁷ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 99 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

⁵⁸ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 134 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

⁵⁹ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 142 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

⁶⁰ Zie voor deze eis, bijv., EHRM (GK) 7 juli 2011, appl. no. 23459/03, par. 110, een zaak over religieuze bezwaren tegen dienstplicht (*Bayatyan/Armenië*).

⁶¹ EComHR 15 januari 1998, appl. no. 26536/95, (*Boffa e.a./San Marino*).

⁶² A. Nieuwenhuis, ‘Grotere vrijheid in geval van godsdienstige motieven?’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* (11) 2020, afl. 1, p. 26-41, 41.

De vraag is echter hoe relevant de toepasselijkheid van de godsdienstvrijheid is als het gaat om het weigeren van een medische behandeling. Ook in *Jehova's Witnesses Moscow* lijkt de uiteindelijke afweging toch vooral te draaien om autonomie, lichamelijke integriteit en de authenticiteit van de keuze om een behandeling te weigeren, ook als dit nadelige gevolgen heeft.⁶³ Uiteraard kunnen religieuze overwegingen een klacht onder artikel 8 EVRM ondersteunen. Daarbij geldt dat de eisen die aan een beperking van zowel artikel 8 als artikel 9 worden gesteld, voor een deel overlappen. Beide kennen in elk geval de bescherming van de gezondheid en de rechten van anderen als legitiem doel, en hechten belang aan noodzakelijkheid, goede redenen en proportionaliteit. In de recente zaak *Polat / Oostenrijk*, waarin het ging om het post-mortem onderzoek van een overleden baby tegen de wil van de moeder, is sprake van een beperking van de vrijheid van godsdienst nu de manier van begraven van overledenen en essentieel aspect van dat recht vormt.⁶⁴ Ook hier verlangt het Hof vervolgens een goede afweging van belangen; dat het daaraan heeft ontbroken vormt de reden voor de schending van zowel artikel 8 als artikel 9 EVRM.

3.2. De behandeling is al dan niet (gedwongen) uitgevoerd

In *Jehova's Witnesses Moscow* ging het niet om een concreet geval, maar in *Vavříčka* wordt duidelijk: of een behandeling toch (tegen de wil van betrokkene) is uitgevoerd is niet én wel van belang. In *Vavříčka* maakt het Hof duidelijk dat ook als een vaccinatieplicht niet betekent dat iemand gedwongen wordt gevaccineerd, het recht op privéleven in het geding is. Mits er althans (andere) consequenties verbonden zijn aan het zich niet houden aan die plicht: in dit geval dus de boete en de weigering van toegang tot voorschoolse faciliteiten.⁶⁵ Het feit dat sprake is van een inbreuk staat niet gelijk aan een schending van het betreffende recht en kan afhankelijk van de omstandigheden en gestelde beperkingseisen gerechtvaardigd zijn. Dit kan ook worden gezien als een verklaring voor de uitdijning of proliferatie zoals die bij veel rechten zichtbaar is: dat een recht van toepassing wordt geacht, zegt namelijk nog niet zoveel: beperkingen die 'minder zwaar wegen', zullen sneller gerechtvaardigd zijn.⁶⁶ Wel brengt het feit dat iets onder een grondrecht valt met zich dat er een rechtvaardiging voorhanden moet zijn, en dat die gecontroleerd kan worden.

Bij het beoordelen van de rechtvaardiging in *Vavříčka* is de vraag of de behandeling niet toch is uitgevoerd wel degelijk van belang. Het EHRM haalt het

⁶³ A. Nieuwenhuis, 'Grotere vrijheid in geval van godsdienstige motieven?', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, (11) 2020, afl. 1, p. 26-41, 41.

⁶⁴ EHRM 20 juli 2021, appl. no. 12886/16 (*Polat/Oostenrijk*).

⁶⁵ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 263-264 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁶⁶ Een meer negatieve formulering is: wat een constitutie (of ander grondrechtendocument) geeft met de ene hand, wordt weer weggenomen met de andere.

hier op twee momenten aan. Ten eerste speelt het een belangrijke rol bij het vaststellen van de omvang van de *margin of appreciation*. Bij een verplichte medische interventie is het effectieve genot van intieme of 'sleutelrechten' (*key rights*) aan de orde.⁶⁷ Deze kunnen worden gevisualiseerd als een soort 'kern' van de relevante bepaling, waaraan in beginsel niet (of minder snel) mag worden getornd.⁶⁸ Nu er geen verplichte vaccinatie heeft plaatsgevonden is de kern van artikel 8 hier niet geraakt en komt de Staat een ruimere *margin* toe. Ook bij de uiteindelijke proportionaliteitstoets speelt dit aspect een rol, naast andere argumenten.⁶⁹

3.3. De zaak betreft een (handelingsbekwame) volwassene, of een minderjarige

Als we kijken naar het aspect van leeftijd – in combinatie met vrije wil – van de betrokken individuen zijn verschillende constellaties denkbaar. Zo kan het gaan om een volwassen persoon die een medische handeling weigert, of een ouder die een behandeling voor zijn kind weigert. Ook denkbaar is de weigering van een minderjarige, al dan niet in lijn met de wens van de ouder(s). Wat maakt dit uit voor de grondrechtelijke beoordeling?⁷⁰

In *Jehova's Witnesses of Moscow* zijn de algemene opmerkingen die het EHRM maakt in eerste instantie gericht op de situatie dat een volwassen, handelingsbekwaam persoon een (mogelijk levensreddende) behandeling weigert. De argumentatie richt zich op aspecten van autonomie en vrije wil, tegen de achtergrond van het centrale belang van geïnformeerde toestemming (*informed consent*) als het gaat om medische handelingen.⁷¹ Zoals annotatoren Gerards en Hendriks hebben opgemerkt, gaat de uitspraak op dit punt wel vrij ver en verder dan eerder jurisprudentie.⁷² Op de 'sweeping statements' van het Hof over autonomie valt ook wel iets aan te merken: de vraag naar het bestaan van een werkelijk vrije wil blijft een lastige, en het Hof gaat vooral uit van een negatieve conceptie van persoonlijke autonomie.⁷³ Het EHRM gaat wel in op het belang van uitzon-

⁶⁷ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 273, 276 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁶⁸ Zie, over de theorie en (Straatsburgse) praktijk van 'kernrechtbescherming', A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

⁶⁹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 293 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*). Zie onder 2.3. voor de verschillende redenen.

⁷⁰ Zie hierover uitgebreid, A. Nieuwenhuis, 'Het weigeren van bloedtransfusies en vaccinaties op grond van godsdienstige motieven. Een grondrechtelijk kader', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* (8) 2017, afl. 3, p. 27-41.

⁷¹ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 135 (*Jehova's Witnesses of Moscow e.a./Rusland*).

⁷² EHRC 2010/89 m.nt. J.H. Gerards; JG 2010/III, m.nt. A.C. Hendriks.

⁷³ EHRC 2010/89 m.nt. J.H. Gerards.

deringen voor kinderen; ook in de Russische wetgeving is vastgelegd dat ingeval ouders een behandeling voor hun kind weigeren, de rechter kan ingrijpen.⁷⁴

In *Vavříčka* daarentegen, gaat het in eerste instantie om vaccinatie van kinderen, die werd geweigerd door ouders. De beperkingen waren het gevolg van de keuze van de ouders, terwijl de kinderen nu juist baat zouden hebben bij vaccinatie (en toegang tot de voorschoolse faciliteiten). Op dit punt komen ook andere rechten om de hoek kijken; het EHRM verwijst naar de belangen van het kind zoals die worden beschermd door artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Deze spelen vaker een rol in de beoordeling onder artikel 8 EVRM.⁷⁵ Ook in het licht hiervan, waar vrijwillige vaccinatie niet tot een voldoende vaccinatiegraad zou leiden, bestaan er relevante en voldoende redenen voor het gekozen beleid.

Met ‘de belangen van het kind’ doelt het Hof overigens niet enkel op de belangen van de kinderen die niet gevaccineerd worden omdat hun ouders dit weigeren, maar ook op die van andere kinderen en vooral kwetsbare kinderen die bijvoorbeeld om medische redenen niet gevaccineerd kunnen worden of daarvoor te jong zijn.⁷⁶ Dit punt – het feit dat ook de rechten van anderen in het geding zijn – blijkt van centrale betekenis. Ik werk dit onder het volgende kopje nader uit.

3.4. De belangen en rechten van derden komt wel of geen rol toe

In *Jehova’s Witnesses of Moscow* werd al opgemerkt dat

‘although the public interest in preserving the life or health of a patient was undoubtedly legitimate and very strong, it had to yield to the patient’s stronger interest in directing the course of his or her own life (...). It was emphasised that free choice and self-determination were themselves fundamental constituents of life and that, *absent any indication of the need to protect third parties – for example, mandatory vaccination during an epidemic*, the State must abstain from

⁷⁴ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 137 (*Jehova’s Witnesses of Moscow e.a./Rusland*). Zie voor een gedetailleerde bespreking van de mogelijkheid hiertoe in Nederland, A. Nieuwenhuis, ‘Het weigeren van bloedtransfusies en vaccinaties op grond van godsdienstige motieven. Een grondrechtelijk kader’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* (8) 2017, afl. 3, p. 32-40; zie ook B.C.A. Toebes, ‘Verplichte vaccinatie als serieuze handelingsoptie’, *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 142-145, 144-145, met verwijzing naar H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 562.

⁷⁵ Zie bijv. EHRM 20 april 2021 (ontv. besl.), appl. no. 18533/21, par. 51-53, over beëindiging van behandeling van een kind (*Parfitt/het VK*).

⁷⁶ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 288 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

interfering with the individual freedom of choice in the sphere of health care, for such interference can only lessen and not enhance the value of life.’⁷⁷

In *Vavříčka* wordt die constellatie nader uitgewerkt, onder verwijzing naar het idee van ‘social solidarity’. In eerste instantie als iets dat voortkomt uit de rechtspraak van het Tsjechische Constitutionele Hof, verderop in de uitspraak ook als relevant gezichtspunt bij de toetsing aan het EVRM. Zo is het feit dat de vaccinatieplicht berust op een idee van ‘sociale solidariteit’ mede reden voor een ruime beoordelingsmarge.⁷⁸ In de opmaat naar de conclusie van de proportionaliteitsbeoordeling lezen we dan nog:

“The Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practised protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination.”⁷⁹

De term ‘social solidarity’ komt af en toe in de rechtspraak van het EHRM voor, vooral in zaken over sociale zekerheid en het eigendomsrecht.⁸⁰ In *Vavříčka* is de herhaaldelijke verwijzing echter reden voor Judge Lemmens om in zijn *partly concurring, partly dissenting opinion* nader bij dit idee stil te staan. Hij onderstreept het belang ervan gezien het feit dat ‘individuals do not live in isolation’.⁸¹ Het oordeel laat volgens hem zien dat er naast fundamentele rechten ook sprake is van fundamentele plichten en verantwoordelijkheden.⁸²

Dissenter Wojtyczek is minder gecharmeerd en merkt op dat het onduidelijk is wat sociale solidariteit hier betekent. Hij verwijst naar de link van dit begrip met spontane zelforganisatie, iets dat van een andere orde is dan ‘door de Staat opgelegde offers’. Ook annotatoren Hendriks en Van Sasse van IJsselt merken op dat de precieze betekenis en rol van de term onduidelijk blijven.⁸³ Zij vragen zich af of het hier een niet expliciet opgenomen beperkingsgrond betreft, of meer gaat om een inkleuring van het legitieme doel ‘gezondheid’ zoals dat in

⁷⁷ EHRM 10 juni 2010, appl. no. 302/02, par. 136 (*Jehova’s Witnesses of Moscow e.a./Rusland*), met verwijzingen, cursivering toegevoegd. Overigens merkt Gerards op dat ook al zijn de belangen van anderen misschien niet direct in het geding, autonome keuzes wel degelijk bijv. kosten kunnen meebrengen voor de samenleving, zie EHRC 2010/89.

⁷⁸ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 279 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁷⁹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 306 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁸⁰ Bijv. EHRM (GK) 13 december 2016, appl. no. 53080/13, par. 81 (*Bélané Nagy/Hongarije*).

⁸¹ EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 2, *partly concurring, partly dissenting opinion* van rechter Lemmens (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁸² EHRM (GK) 8 april 2021, appl. no. 47621/13 en vijf anderen, par. 15, *dissenting opinion* van rechter Wojtyczek (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

⁸³ Zie de annotaties bij *Vavříčka e.a./Tsjechië* in EHRC Updates 2021/109, door A.C. Hendriks & P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt.

artikel 8 lid 2 (en andere beperkingsclausules van het EVRM) is opgenomen. Mijn indruk is dat het vooral een gezichtspunt is dat bij de beoordeling van de proportionaliteit (in den brede) en bij de bepaling van de bijbehorende *margin* relevant wordt geacht. Van Sasse van IJsselt spreekt ook nog van een ‘schril contrast’ als het gaat om het onuitgewerkte beroep op de vrijheid van gedachte en geweten, en de aandacht die er is voor volksgezondheid en ‘sociale solidariteit’.⁸⁴ Ik kom hierop later nog terug.

4. Perikelen in Nederland

De bespreking en analyse van twee richtinggevende EHRM-uitspraken hierboven heeft tot doel inzicht te bieden in de verschillende denkbare constellaties en – vooral – de werking van grondrechten in kwesties die verband houden met religie en lichamelijke integriteit. De focus lag daarbij op het systeem van het EHRM, met een uitgewerkte interpretatie van de reikwijdte van het recht op vrijheid van godsdienst, gedachte en geweten en een ruime opvatting van het beschermingsbereik van artikel 8 EVRM. Verder staan daarin centraal het belang van keuzevrijheid en geïnformeerde toestemming voor medische behandelingen, maar ook een variabele beoordelingsmarge en de ruimte voor afweging die de beperkingsclausules gegeven de aanwezigheid van een wettelijke basis en een legitiem doel biedt.

Het is goed tegen deze achtergrond enkele Nederlandse kwesties kort te bespreken, evenals het bovenstaande te spiegelen aan de bescherming die onze Grondwet biedt. Duidelijk wordt dat een aantal lessen te leren valt uit de Straatsburgse rechtspraak.

4.1. Orgaandonatie en vaccinatie

Naast de vraag of vaccinatie tegen covid-19 verplicht kan worden gesteld, speelden op het terrein van (religie en) lichamelijke integriteit de afgelopen jaren in Nederland enkele andere discussies. Zo is in aanloop naar de in 2020 aangenomen donorwet veel gesproken over artikel 11 Grondwet, dat de onaantastbaarheid van het lichaam beschermt en ook na de dood relevant is.⁸⁵ Van belang is daarbij dat de nieuwe wet postmortale orgaandonatie mogelijk maakt op basis van *veronderstelde* toestemming. Als een burger niet tijdig laat weten of hij toestemming geeft, ‘wordt hij in het donorregister geregistreerd

⁸⁴ P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, *EHRC Updates* 2021/109, par. 6.

⁸⁵ Vgl. W. Duijst en T. Krap, ‘Lichamelijke integriteit bij leven en na de dood’, *NJB* 2017/774, zie ook B.C. van Beers, ‘Onaantastbaarheid van het lichaam’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 251-277, 267.

als een persoon die geen bezwaar heeft tegen het na zijn overlijden verwijderen van zijn organen'.⁸⁶ Dit kan worden opgevat als een vorm van dwang, en daarmee een inbreuk op artikel 11 Grondwet. De donorwet biedt echter de wettelijke basis die nodig is om een dergelijke inbreuk in lijn met de in de Grondwet gestelde eisen gerechtvaardigd te achten.⁸⁷

Een tweede wetsvoorstel dat de gemoederen bezighield, was het voorstel over vaccinatie en kinderopvang.⁸⁸ Recent is dit voorstel door de Eerste Kamer verworpen, maar de gevoerde discussie legt niettemin een aantal interessante punten bloot. Doel van het initiatiefwetsvoorstel was het creëren van transparantie op de markt van kinderopvangcentra, door ervoor te zorgen dat ouders weten wat het beleid is met betrekking tot het accepteren of weigeren van niet-gevaccineerde kinderen en personeel. Het ging dan om vaccinaties behorende tot het rijksvaccinatieprogramma, waarbij zorgen met name de mazelen, en een daling van de vaccinatiegraad meer algemeen betreffen.

Hoewel dit voorstel op het eerste gezicht veel gemeen lijkt te hebben met de kwestie in *Vavříčka*, zijn er belangrijke verschillen. Zo doelde het wetsvoorstel niet expliciet op het verhogen van de vaccinatiegraad en het beschermen van de gezondheid, terwijl dat nu juist een legitiem doel is waarvoor verschillende grondrechten mogen worden beperkt. In dit kader merkt de Afdeling advisering van de Raad van State op dat het perspectief van het verhogen van de vaccinatiegraad in de toelichting opgenomen zou moeten worden.⁸⁹ Het gaat hier niet om een verplichting afkomstig van de Staat, maar om een (sowieso bestaande) mogelijkheid voor private ondernemingen om een weigeringsbeleid te voeren. Dit mag dan echter geen verboden onderscheid opleveren op grond van godsdienst, levensovertuiging of een andere beschermde grondslag in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).⁹⁰ Een weigering zou een indirect onderscheid op deze gronden zijn als bezwaren religieus of levensbeschouwelijk van aard zijn. In dat licht is niet alleen een legitiem doel in lijn met grondrechtelijke beperkingsmogelijkheden nodig, maar ook een onderbouwing van de geschiktheid, noodzakelijkheid (subsidiariteit) en proportionaliteit.⁹¹

⁸⁶ Art. 3 lid 1 Wet op de orgaandonatie.

⁸⁷ De Grondwet verlangt immers dat beperkingen 'bij of krachtens de wet' gesteld zijn. Nadere eisen worden niet gesteld (zie nader par. 4.2.). Zie ook ook B.C. van Beers, 'Onaantastbaarheid van het lichaam', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 251-277, 268-269.

⁸⁸ Initiatiefvoorstel-Raemakers en Van Meenen Bevorderen keuzemogelijkheid tussen kindercentra die wel of niet kinderen toelaten die niet deelnemen aan het rijksvaccinatieprogramma, zie oorspronkelijk *Kamerstukken II 2018/19, 35049*, nr. 2, en het gewijzigde voorstel *Kamerstukken I 2019/20, 35049*, A.

⁸⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35049*, nr. 4, p. 2.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2018/19, 35049*, nr. 4, p. 7-8. Zie ook College voor de Rechten van de Mens, Advies inzake conceptwetsvoorstel aanpassing Wet kinderopvang, 19 september 2018.

⁹¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35049*, nr. 4, p. 8. Zie ook College voor de Rechten van de Mens, Advies inzake conceptwetsvoorstel aanpassing Wet kinderopvang, 19 september 2018.

Door de gekozen insteek leek het wetsvoorstel grondrechtelijke dilemma's te (willen) vermijden, maar de Raad van State legde – net als het College voor de Rechten van de Mens – de vinger op de zere plek. Uit de (latere) rechtspraak van het EHRM blijkt evenwel dat een beperking van grondrechten die voortkomt uit het verplicht stellen van vaccinatie voor toegang tot kinderopvang onder omstandigheden te rechtvaardigen is, mits de (andere dan individuele) belangen zoals gezondheid hiertoe noodzaken en een goede afweging is gemaakt.

4.2. Sociale solidariteit en de Nederlandse Grondwet

Een van de centrale onderscheiden bij de beoordeling van een beperking van de lichamelijke integriteit, zoals hierboven bleek, is de vraag of de rechten van anderen concreet in het spel zijn. Het EVRM bevat geen recht op gezondheid; tegelijk is het wel een beperkingsgrond en is bekend dat aspecten van dat recht wel degelijk onder verschillende EVRM-bepalingen kunnen worden geschaard.⁹² In plaats van die te expliciteren, kiest het EHRM voor het benadrukken van 'sociale solidariteit'. Dit zal zijn ingegeven door het gebruik van deze notie in de nationale procedure, maar is wellicht ook te begrijpen tegen de achtergrond van de pandemie waarin het Straatsburgse Hof zijn uitspraak deed. De zaak heeft daar op zich niets mee te maken, maar een oordeel van de Grote Kamer over de vraag of verplichte vaccinatie onder omstandigheden grondrechtenproof is, werd natuurlijk direct met de pandemie in verband gebracht.⁹³

Ik ben het eens met de auteurs van de *separate opinions* en de annotatoren dat het concept vragen oproept. Hoewel het vooral lijkt te gaan om het onderstrepen van het niet-geïsoleerde karakter van grondrechten en de plichten die zij eveneens mee kunnen brengen, is wel de vraag hoeveel ruimte dit nog laat voor individuele (keuze)vrijheid als het gaat om lichamelijke integriteit, ook als dit samenhangt met iemands godsdienst of levensovertuiging. Als het gaat om een soort omgekeerde 'kernrechtgedachte'⁹⁴ – zodra de sociale solidariteit en

⁹² Vgl. A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, i.h.b. hfdst. 7.

⁹³ Vgl. bijv. A.C. Hendriks, 'Vaccineren: keuzevrijheid of plicht volgens het EHRM?', *NJB* 2021/1643, p. 1887-1888; B.C.A. Toebes, 'Verplichte vaccinatie als serieuze handelingsoptie', *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 142-145; J.K. de Bree, 'Desperate times, desperate measures? De grondrechtelijke grenzen aan het gebruik van het coronatoegangsbewijs', *Tijdschrift voor constitutioneel recht* 2022, afl. 1, p. 1-15; A.F. Fernhout & J.I. Krikke, 'De afweging van grondrechten in het kader van corona', *Tijdschrift voor arbeidsrecht in context* 2022, afl. 1, p. 26-32; R. Pierik & E. Verhulp, 'Kan de wetgever de werknemers een vaccinatieplicht opleggen?', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2022, afl. 1, p. 5-10; C.J. Wisse, 'Haken en ogen aan het kabinetsvoorstel om 2G mogelijk te maken', *NJB* 2022/5, p. 24-26, 26.

⁹⁴ Bij kernrechtbescherming wordt doorgaans geacht sprake te zijn van een essentieel element van een recht dat nooit beperkt mag worden. Omgekeerd kan een bepaald belang geacht worden altijd een beperking te kunnen rechtvaardigen.

de gezondheid van anderen in het spel is, is een beperking in beginsel toelaatbaar – moeten we ons zorgen maken over individuele vrijheidsrechten die ook, of juist, in tijden waarin solidariteit broodnodig is, betekenisvol moeten blijven.⁹⁵ Gaat het anderzijds om een gezichtspunt dat meespeelt in de belangenafweging, net als bijvoorbeeld het al dan niet dwingende karakter of de omvang van een vaccinatieplicht, is de toevoeging van het Hof een stuk onschuldiger.

Wat de verwijzing naar sociale solidariteit zo begrepen laat zien, is het belang van die afweging tussen individuele vrijheid en de rechten en belangen van anderen. Ontbreekt het aspect van sociale solidariteit, of hoe je het precies wilt noemen, dan ontstaat een incompleet beeld van grondrechten en hun dynamiek. Vertalen we dit naar de context van de Nederlandse Grondwet, dan moeten we vaststellen dat daar voor dat complete beeld niet per se ruimte bestaat. Het gebrek aan (expliciete) inhoudelijke beperkingseisen wekt de indruk dat grondrechtelijke vrijheden wel in isolatie kunnen worden betracht. Dit kan ten koste gaan van de rechten en belangen die met beperking daarvan kunnen worden beschermd, maar ook van die individuele vrijheden zelf. Ik zal dit wat nader toelichten.

De Nederlandse Grondwet stelt aan beperkingen van grondrechten vooral de eis dat zij bij (of krachtens) een wet in formele zin zijn gesteld.⁹⁶ De nadruk op parlementaire betrokkenheid is in lijn met de gedachte achter het verbod van constitutionele toetsing, namelijk dat het primaat bij de wetgever ligt. Het betekent enerzijds dat de wetgever veel ruimte krijgt om grondrechten te beperken, anderzijds dat bij de beoordeling van beperkingen op basis van de Grondwet het afwegen van rechten en belangen niet centraal staat. In de discussie over de donorwet, bijvoorbeeld, werd onder meer de vraag gesteld of de regeling te ver ging door toestemming te veronderstellen, maar de Grondwet bood voor die afweging als zodanig geen kader.⁹⁷ Een wettelijke regeling was immers voldoende voor het beperken van artikel 11. Het algemeen belang, de gezondheid van anderen en sociale solidariteit kunnen op deze manier prima worden beschermd, maar spelen grondwettelijk vooral een rol als legitiem doel dat een inbreuk rechtvaardigt, en niet zozeer als onderdelen van de noodzakelijke afweging die moet worden gemaakt. Omgekeerd is voor wie de Grondwet leest, of zich op zijn grondrecht wil beroepen, niet altijd direct duidelijk dat de

⁹⁵ Al was het maar doordat de beperkingseisen van grondrechten een goede procedure (door de formele wetgever, inclusief een belangenafweging) verlangen.

⁹⁶ Een voorbeeld is ook het ruime recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als neergelegd in art. 10 lid 1 Gw, zie nader A.E.M. Leijten, 'Artikel 10. Privacy', in: A. Ellian & B.R. Rijpkema, *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Den Haag: Boom filosofisch 2022, p. 184-197.

⁹⁷ Zie B.C. van Beers, 'Onaantastbaarheid van het lichaam', in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 251-277, 268-269; M. Buijsen, 'Actieve donorregistratie en de rechten van de mens', *ZIP* 2017, afl. 1.

concretisering van zijn rechten onderwerp is van een afweging en niet los kan worden gezien van de rechten en belangen van anderen. Dat het niet enkel de vraag is of het recht van toepassing is, maar ook hoe het zich verhoudt tot de sociale context waar het onderdeel van is. Dit is iets om in gedachten te houden nu constitutionele toetsing ‘ter hand’ wordt genomen, waarbij in dit licht gepleit zou kunnen worden voor heldere, inhoudelijke beperkingseisen, die het niet-absolute karakter van grondrechten en het belang van een afweging benadrukken.⁹⁸

De nadruk die het EHRM legt op sociale solidariteit past bij het tijdgewricht. Niet alleen de pandemie, maar ook de andere crises waarmee we ons geconfronteerd zien, zoals de klimaatcrisis, (zullen) leiden tot beperkingen van grondrechten die niet zelden gerechtvaardigd zijn.⁹⁹ Daarbij blijft uiteraard gelden dat een dergelijke tendens in de EHRM-rechtspraak, die in feite ruimte biedt voor (vergaande) beperkingen, niet betekent dat op nationaal niveau de individuele vrijheid niet meer bescherming kan toekomen. Zowel de wetgever als de nationale rechter staat het vrij daarop aan te sturen – het EVRM biedt uiteindelijk een vorm van minimumbescherming.¹⁰⁰ Ook als het gaat om het maken van uitzonderingen voor gewetensbezwaren en (zeker) op religieuze gronden gebaseerde weigering van (bijvoorbeeld) vaccinatie, komt de Staat de nodige beoordelingsruimte toe. Die vindt dan eventueel wel weer haar grens in de positieve verplichting (het recht op) gezondheid en leven te beschermen, een verplichting die uiteraard niet te licht mag worden genomen.¹⁰¹

5. Conclusie

In deze bijdrage is een blik geworpen op kwesties van religie en lichamelijke integriteit als grondrechtenkwesties. Het doel daarvan was niet

⁹⁸ Zie ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, Coalitieakkoord van 15 december 2021 gesloten door de VVD, D66, CDA en ChristenUnie, p. 5, en ook de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van 1 juli 2022 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Bruins Slot en de Minister voor Rechtsbescherming Weerwind. Natuurlijk zal in veel gevallen niet alleen worden getoetst aan de Grondwet, en speelt de proportionaliteitseis uit het EVRM een rol. Maar juist ook mocht er constitutionele toetsing komen, zal de (symbolische) meerwaarde van toetsing aan de Grondwet zonder proportionaliteitsvereiste gering zijn.

⁹⁹ Een goed voorbeeld vormt de Duitse klimaatuitspraak, BVerfG 24 maart 2021, 1 BvR 2656/18, waarin het Duitse constitutionele hof aangeeft dat toekomstige generaties niet mogen worden geconfronteerd met disproportionele vrijheidsbeperkingen, wat omgekeerd ver(der)gaande beperkingen voor huidige generaties kan rechtvaardigen.

¹⁰⁰ Volgens het zogenoemde ‘spiegelbeginsel’ (vgl. bijv. HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211) is het dan wel zo dat de rechter niet meer bescherming mag bieden dan het EHRM in zijn rechtspraak; de wetgever kan deze wel bieden.

¹⁰¹ Vgl. A.E.M. Leijten, ‘Casus mondkapjesplicht: is onze beperkingssystematiek nog wel grondrechtenproof?’, nederlandrechtsstaat.nl 13 augustus 2020.

zozeer om vast te stellen wat de aan de orde zijnde grondrechten precies wel en niet verlangen, maar vooral om te laten zien hoe grondrechten in deze context werken. Als startpunt werd de EHRM-rechtspraak genomen, waarna verschillende grondrechtenconstellaties werden geïdentificeerd. Daarbij werd onder meer duidelijk dat als het gaat om het weigeren van een medische behandeling, de vraag of daadwerkelijk een beroep kan worden gedaan op het recht op vrijheid van godsdienst, niet doorslaggevend hoeft te zijn. Het recht op lichamelijke integriteit speelt daarentegen een centrale rol, waarbij de omstandigheden bepalen of een beperking van dit recht wel of niet gerechtvaardigd kan worden geacht. Daarbij is bijvoorbeeld van belang of de behandeling gedwongen is uitgevoerd, maar ook of het gaat om een meerder- of minderjarige – waarbij in dat laatste geval aan de (op religieuze gronden gebaseerde) wens van de ouders voorbij kan worden gegaan in het belang van het kind.

Relatief nieuw in de rechtspraak – en zeker ook te begrijpen tegen de achtergrond van de pandemie – is de nadruk op sociale solidariteit of, breder, de sociale grondrechten of sociale rechtsstaat. In zaken waarin een weigering van een individu niet los kan worden gezien van de belangen en ook grondrechten (op bijvoorbeeld gezondheid) van anderen, lijkt een inmenging in de lichamelijke integriteit sneller gerechtvaardigd. Dit lijkt een logisch gegeven, maar is toch de moeite waard te benadrukken. Het mag niet betekenen dat individuele grondrechten als vanzelf het onderspit delven. In huidige en toekomstige crises, of het nu gaat om een pandemie, klimaat of energie, is het belangrijk hiervoor te waken. Tegelijkertijd is het juist nu van groot belang het sociale karakter van grondrechten te benadrukken,¹⁰² te meer omdat we in de pandemie hebben gezien dat een vergroot besef van grondrechten, zonder dat dit gepaard gaat met het besef dat die niet in isolatie kunnen worden betracht, wantrouwen kan bevorderen.

Tegen deze achtergrond zou het belang van een afweging tussen verschillende rechten en belangen sterker benadrukt kunnen worden in de Grondwet, waarin een proportionaliteitseis vooralsnog niet is opgenomen.¹⁰³ Ook als het gaat om religie en lichamelijke integriteit, biedt dit de wetgever houvast bij het bepalen of een inbreuk op een grondrecht nu wel of niet te ver gaat.

¹⁰² Vgl. Christoph Moellers, *Freiheitsgrade*, Berlijn: Suhrkamp 2021.

¹⁰³ Maar zie Rapport Staatscommissie Grondwet, gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, p. 55.