BRUSSELS PRIVACY HUB
WORKING PAPER
VOL. 7 • N° 30 • NOVEMBER 2021

BRUSSELS PRIVACY HUB
Vrije Universiteit Brussel

NECESSITY KNOWS NO LAW IN CONTAMINATED TIMES: THE RULE OF LAW UNDER PANDEMIC POLICE AND PANDEMIC LEGISLATION

by Paul De Hert*

Abstract (Dutch Abstract below)

The COVID crisis was tackled in Belgium with an emergency procedure of ministerial decrees, relying on the 2007 Civil Security Law, a law that is actually intended to allow for quick and temporary intervention in case of disasters such as large explosions or fires. Despite the Council of State' findings ("this law allows curfews"), this law is both inappropriate and dangerous: without parliamentary debate, it allows far-reaching restrictions on fundamental rights for long periods of time. In the Netherlands, too, the curfew was socially and legally controversial. There, too, there were calls for new legislation on lockdown and other police measures in the event of health crises.

The discussions in Belgium and the Netherlands are therefore similar, although the Dutch Constitution and legislation is clearer, (but not enough) with regard to the possibility of declaring a state of emergency and combating infections on a large scale. Obviously, it makes sense, from a concern for the rule of law, to rewrite the Constitution and legislation. New safeguards for new, far-reaching infectious disease control measures for the unhealthy and healthy part of the population .... Who can be against that?

This contribution is cautious about the usefulness of exemption legislation. Looking at the health crisis, and older crises such as the 9/11 crisis (terrorism), we pay attention to processes of power accumulation of the government, and the executive in particular, made visible by such a crisis, but made possible by inconspicuous processes such as technology thinking (the ▶

head) and digitization processes (the practice). This diagnosis draws on insights from Arendt, Ellul, and Jonas about modern, often subtle coercive mechanisms for which the traditional legal-state framework is not or hardly equipped although they have been frequently applied in recent years. For this reason, the traditional legal-state framework has been contaminated not only by digitization processes and power growth of police and government, but also by mobilization of mechanisms such as fear, peer pressure and techno-hypnosis.

After an exploration of the concepts of individual and collective emergency (sections 1 & 2), I emphasize the international obligation to shape a balanced constitutional and legal system on emergency states. Indeed, fundamental rights oppose an "emergency breaks law" police system (section 3). Smart pandemic laws and other exception laws are sector-specific, time-limited, and based on the requirements of crisis management (on cyclical management) and the rule of law (including a role for reviewing judges) (section 4). Nevertheless, the times are not suitable for building a balanced constitutional and legal system on emergency situations. In a second part of the contribution (sections 5 to 9), I explain what makes these times an unfavorable codification time for good practices. There are simply too many *bad practices*, (I use the term "infections"). In that examination of legal infections, I dwell, as I said, on mechanisms of fear, peer pressure, and techno-hypnosis, and on increases in government and police power through digitization and through "ordinary" laws enabling "extraordinary" police powers. Brand new legislation on health crises ('the Pandemic Law') turned out to be no more than a plaster on a deeply festering legal wound, and this explains why the 'new' Belgian Pandemic Law is only briefly mentioned at the and as a post scriptum.

Keywoords: rule of law – crisis- COVID crisis and 9/11 – codifying best practices today or wait - mechanisms of fear, peer pressure, and techno-hypnosis -increases in government and police power through digitization

Nederlandstalige Abstract

De COVID-crisis is in België aangepakt met een noodprocedure van ministeriële besluiten, steunend op de wet op de civiele veiligheid uit 2007, een wet die eigenlijk bedoeld is om snel en tijdelijk te kunnen ingrijpen bij rampen zoals grote ontploffingen of branden. Ondanks de andersluidende rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie ('deze wet laat de avondklok toe'), is deze wet ongeschikt én gevaarlijk: zonder parlementair debat worden op grond van deze wet voor langere periodes vergaande beperkingen aan de grondrechten mogelijk gemaakt. Ook in Nederland was de avondklok maatschappelijk én juridische controversieel en werd er gepleit voor nieuwe wetgeving rond lockdown- en andere politiemaatregelen bij gezondheidscrisissen.

De discussies in België en Nederland zijn bijgevolg vergelijkbaar, hoewel de Nederlandse Grondwet én wetgeving duidelijker is, (maar niet genoeg) op het vlak van de mogelijkheid om een noodtoestand uit te roepen en infecties grootschalig te bestrijden. Vanzelfsprekend heeft het zin, vanuit een zorg voor de rechtstaat, om Grondwet én wetgeving te herschrijven. Nieuwe waarborgen voor nieuwe, vergaande infectieziektebestrijdingsmaatregelen ten aanzien van het ongezonde én gezonde deel van de bevolking …. Wie kan daar nu tegen zijn?

Deze bijdrage is behoedzaam over het nut van uitzonderingswetgeving. Kijkend naar de gezondheidscrisis, en oudere crisissen zoals de 9/11¬-crisis (terrorisme), letten we op processen van machts-

accumulatie van de overheid, en de uitvoerende macht in het bijzonder, zichtbaar gemaakt door zo'n crisis, maar mogelijk gemaakt door onopvallende processen zoals techniek-denken (het hoofd) en digitaliseringsprocessen (de praktijk). Deze diagnose maakt gebruik van inzichten van denkers zoals Arendt, Ellul en Jonas over moderne, vaak subtiele dwangmechanismen waarvoor het traditioneel rechtstatelijk kader niet of nauwelijks uitgerust is hoewel ze in de afgelopen jaren vaak zijn toegepast. Het klassieke rechtstatelijk kader is om die reden niet alleen besmet door digitaliseringsprocessen en machtsgroei van politie en overheid, maar ook door mobilisatie van mechanismen zoals angst, groepsdruk en techniek-hypnose.

Na een verkenning van de begrippen individuele en collectieve noodtoestand (sectie 1 & 2), beklemtonen we de internationale plicht om in een rechtssysteem vorm te geven aan een gebalanceerd grondwettelijk en wettelijk systeem over noodtoestanden. De grondrechten verzetten zich immers tegen een 'nood breekt wet'-politiesysteem (sectie 3). Slimme pandemiewetten en andere uitzonderingswetten zijn sectorspecifiek, in tijd beperkt en gesteund op de eisen van crisismanagement (over cyclisch beheer) en de rechtsstaat (onder meer met een rol voor toetsende rechters) (sectie 4). Toch zijn de tijden niet geschikt voor het uitbouwen van een gebalanceerd grondwettelijk en wettelijk systeem over noodtoestanden. In een tweede deel van de bijdrage (sectie 5 tot 9) leggen we uit wat deze tijd tot een ongunstige codificatietijd maakt van *good practices*. Er zijn eenvoudigweg te veel *bad practices*, (ik gebruik de term 'besmettingshaarden'). In dat onderzoek van rechtstatelijke infecties sta ik, zoals gezegd, stil bij mechanismen van angst, groepsdruk en techniek-hypnose, en bij toename aan macht van de overheid en de politie door digitalisering en door 'gewone' wetten waarin 'uitzonderlijke' politiebevoegdheden worden mogelijk gemaakt. Kersverse wetgeving over gezondheidscrisissen ('dè Pandemiewet') blijkt niet meer dan een pleister op een diep etterende rechtstatelijke wonde en het bleek achteraf dan ook maar het beste om de nieuwe Belgische Pandemiewet kort te vermelden, bij wijze van *post scriptum*.

The Brussels Privacy Hub Working Papers are intended to circulate research in progress for comment and discussion. Available at www.brusselsprivacyhub.org/publications.html
ISSN N° 2565-9979. This version is for academic use only.
This is a pre-publication of the following (accepted) contribution: P. De Hert, 'Necessity knows no law in contaminated times: the rule of law under pandemic police and pandemic legislation' ('Nood breekt wet in besmette tijden: de rechtsstatelijkheid van de pandemiepolitie en pandemiewetgeving') in Auke Van Dijk, Philippe De Baets, Lodewijk Gunther Moor, Elke Devroe & Stavros Zouridis (eds.) Politie en rechtsstaat in een gedigitaliseerde samenleving, Themanummer Cahiers Politiestudies (februari 2022), Jg. 2022/1, N° 62 (Antwerpen: Gompel&Svacina),

Disclaimer

Reproduction and translation for non-commercial purposes are authorized, provided the source is acknowledged and the publisher is given prior notice and sent a copy.

Inhoud

Abstract 1

Dutcht Abstract 2

Disclaimer 3

1. De noodtoestand als individuele rechtvaardigingsgrond 5

2. Het debat over de noodtoestand als rechtvaardiging voor uitzonderlijk staatsoptreden 6

3. Volwassen noodwetten tegen grondwetbesmetting en juridische onverschilligheid 8

4. Een kader voor tijdelijke, sectorspecifieke en gedetailleerde noodwetten 10

5. Ongunstige codificatietijden: groepsdruk/burgerpolitie (besmettingshaard) 11

6. Ongunstige codificatietijden: onverschilligheid t.a.v. recht(ers) (besmettingshaard 2) 13

7. Du sollst, denn du kannst (besmettingshaard 2, vervolg) 15

8. De onvolledige vrijheidsagenda in onze Grondwet en discretie als nieuwe waarborg 16

9. Vernetwerking en discretieloos politiehandelen (besmettingshaard 3) 19

10. Cover your ass-wetgeving (besmettingshaard 4) 21

11. Post Scriptum: de nieuwe pandemiewet 24

12. Besluit 25

Bibliografie 26

1. De noodtoestand als individuele rechtvaardigingsgrond

Een rechtssysteem geconfronteerd met een crisis moet nadenken over noodwetgeving en noodprocedures. Wat doe je met 'nood breekt wet'-opstellingen en vragen en welke wetten breek je? In het strafrecht zijn dergelijke vragen vrij volledig beantwoord ten aanzien van individuen.

Allereerst zijn er de rechtvaardigingsgronden. Deze voorzien naar Belgisch recht in welbepaalde omstandigheden waarin een principieel strafbaar feit zijn wederrechtelijk karakter verliest wanneer aan bepaalde toetsingscriteria is voldaan[2]. Deze rechtvaardigingsgronden zijn geen rariteiten uit het verleden, maar belangrijke vooraf gegeven correcties op de principes van het strafrecht[3]. Benevens deze rechtvaardigingsgronden zijn er nog andere correcties op het algemene principe dat bij een misdrijf straf volgt. In België denken we daarbij aan schulduitsluitingsgronden[4]. Artikel 71 Strafwetboek spreekt over 'onweerstaanbare dwang' en bepaalt dat er geen sprake is van een misdrijf als de betrokkene op het ogenblik van de feiten leed aan een "geestesstoornis die zijn oordeelsvermogen of de controle over zijn daden heeft tenietgedaan (…) of wanneer hij gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan"[5]. Ook zijn er zogenaamde strafverminderende en strafuitsluitende verschoningsgronden. Deze worden bijvoorbeeld toegepast bij de spontane aangifte of verklikking door iemand uit het milieu van drugsdelicten (artikel 6 Drugswet) of bij diefstal tussen familieleden (artikel 462 Strafwetboek) (Van den Wyngaert, 2017)[6].

Deze rechtsfiguren die een welbepaald gedrag rechtvaardigen, 'verschonen' of milder behandelen zijn overal in het Westen terug te vinden, zij het met variaties (Blomsma, 2019). Ook het Nederlandse strafrecht creëert mogelijkheden tot afweging van hogere en lagere rechtsgoederen. Ontwapenend is de zaak over een moeder die door een tulpenbollenveld holt om haar kind van de verdrinkingsdood te redden (en daarbij vernielingen aanricht); de rechter sprak haar vrij omdat aan een ouder niet gevraagd kan worden haar kind te laten verdrinken (Van den Wyngaert, 2017). Het gedrag was met andere woorden gerechtvaardigd.

1 Paul De Hert is gewoon hoogleraar Vrije Universiteit Brussel (VUB) en hoofddocent aan de Universiteit Tilburg (TILT)

2 Die in de wet bepaalde gevallen waarin een persoon gerechtigd geacht wordt om een (principieel) strafbare daad te stellen omvatten onder andere de 'wettige verdediging' (artikel 416 van het Strafwetboek) zoals de slagen en verwondingen die aan een aanrander toegebracht worden, het 'wettelijk voorschrift' en 'hoger bevel' (artikel 70 van het Strafwetboek) zoals het binnendringen in een woning om een huiszoeking te doen op basis van een bevel van een rechter, of de 'noodtoestand' (op basis van de rechtspraak) in verband met de bestuurder van een ziekenwagen die bij urgentie een patiënt vervoert en die daarbij alle verkeersregels met de voeten treedt. Zie voor deze voorbeelden: Van den Wyngaert, 2017. In Nederland bestaan deze verschoningsgronden ook, maar er zijn verschillen en ze worden soms niet onder het contentieux van het materiële strafrecht verwerkt (zoals in België) maar binnen het strafprocesrecht omschreven. Men leze: Krabbe, 2019. Ook in het internationaal recht spelen diverse gronden tot rechtvaardiging, zie bijvoorbeeld: Herring, 2012.

3 De ontwikkeling ervan is geenszins afgerond. In een recent voorstel tot stroomlijning van het Belgisch Strafwetboek, dat momenteel voorwerp is van parlementair debat, figureert bijvoorbeeld een gloednieuwe rechtvaardigingsgrond, met name *'het wettig verzet tegen misbruiken door de overheid'* (Van den Wyngaert, 2017). Deze bepaling luidt: "Er is kennelijk geen misdrijf wanneer individueel, actief of passief, verzet wordt geboden tegen een kennelijk onwettige daad van de overheid, die een onverwijlde reactie noodzakelijk maakt teneinde onherstelbare schade te voorkomen, en dit verzet wordt uitgeoefend op een manier die evenredig is met de aard en het belang van de onwettigheid."

4 Zo wordt de schuld van een gevangengenomen soldaat in verband met artikel 116-118 van het Belgisch Strafwetboek 'opgeheven' wanneer hij in een oorlogssituatie gefolterd werd door de vijand en onder dwang staatsgeheimen lost.

5 De bekende Belgische advocaat Jef Vermassen heeft zijn carrière op deze wetsbepaling gebouwd en slaagde er in het verleden op grond ervan onder andere in om iemand vrij te pleiten van de moord op zijn vrouw nadat die had bekend verliefd te zijn op een ander.

6 Erg kantiaans relevant is dat artikel 121 Strafwetboek personen bestraft die verspieders of op verkenning uitgezonden soldaten verbergen of vijanden van de staat doen onderduiken, *maar* ook uitzonderingen bepaalt voor bloedverwanten in opgaande of neerdalende lijn, echtgenoten (zelfs na echtscheiding), broers of zussen, en dergelijke meer.

Juristen weten dat een samenleving niet naar de vaantjes gaat als je deze uitzonderlijke rechtsfiguren toelaat in het strafrecht. Men kan zelfs de vraag stellen of het omgekeerde niet eerder waar is: willen we echt naar een samenleving waarin je de schuilplaats van je naaste moet prijsgeven of waarin een tulpenbol een hoger aanzien geniet dan het leven van een kind?

We denken van niet, hoewel aan uitzonderingen risico's kleven. Het risico bij het toelaten van uitzonderingen op een algemene regel, is dat belangenafwegingen een open uitnodiging kunnen zijn voor politiemensen om zwaar over de schreef te gaan. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in een zaak over het *absoluut geformuleerde* folterverbod in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) geoordeeld dat het bewijs (over de locatie van een ontvoerde tiener) verkregen door het afdreigen van de verdachte tijdens het verhoor, geldig was ondanks het folterverbod[7]. Dit voorbeeld toont aan dat het creëren van noodbevoegdheden niet alleen vragen oproept over transparantie (wanneer kunnen die?) maar onderliggend over proportionaliteit en belangenafweging. We komen erop terug.

2. Het debat over de noodtoestand als rechtvaardiging voor uitzonderlijk staatsoptreden

Mag de overheid bij nood de wet breken? Wordt het zojuist vermelde debat wat hoger getild, op het vlak van de gemeenschap, dan krijg je meer behoedzaamheid. In dat debat kom ik steevast wat oudere intellectuelen, politieke denkers en juristen tegen die zorgelijk kijken bij de idee van noodwetten die de overheid toelaten af te wijken van de gewone ('gemene') regels en procedures. 'Een noodtoestand juridisch piekfijn en op voorhand organiseren met het oog op de aanpak van uitzonderlijke situaties is geen goed idee', zo krijg ik dan te horen. Ik kan er niet altijd de vinger opleggen maar de aarzeling heeft enerzijds te maken met het vermoeden dat de overheid zich erg ruime uitzonderingsbevoegdheden gaat geven in zo'n wet, en, anderzijds, met het vermoeden dat elke overheid in de verleiding zou komen om die noodtoestand zo lang als mogelijk te rekken en, waarom niet, bestendig wil maken.

Deze afwijkende houding -die zeker in België het ontbreken van adequate crisis- en noodwetten verklaart- is ongetwijfeld terecht gevoed door diepere historische inzichten en juiste politieke reflexen. In elk geval heeft het geleid tot een betonhard artikel 187 in de Belgische Grondwet, dat bepaalt dat de Grondwet noch geheel, noch ten dele kan worden opgeschorst. De Grondwet in België verzet zich bijgevolg tegen het formeel afkondigen of het de facto invoeren van de uitzonderingstoestand. Het artikel zou geïnspireerd zijn door de geschriften van de in Frankijk gevestigde filosoof Benjamin Constant en diens negatieve perceptie van de vele Franse staatsgrepen en omwentelingen na de Franse Revolutie van 1789 (Van Haegenborgh, 2016).

Als liefhebber van Constant (De Hert, 2015) en als jurist begrijp ik de afwijzing in het bijzonder bij *blanco cheques* opgenomen in grondwetten die bij de minste crisis kunnen worden gebruikt. Als er al noodwetten en noodtoestandclausules in een Grondwet nodig zijn dan moeten ze de voorwaarde van tijdelijkheid bevatten zodat staatsgrepen vermeden worden[8]. Tevens kan en mag een noodwet geen blanco cheque zijn maar moeten rechtswaarborgen en rechtstatelijke waarborgen zoveel als mogelijk tijdens de crisis en

7 Over hoe het EHRM op het vlak van de bewijswaardering in deze zaak een deontologische of principiële ethiek ten opzichte van folteren wegmoffelt en inwisselt voor een gevolgenethiek, leze men: De Hert, Decaigny. & Weis, 2010. Voor andere voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof: De Hert, 2007

8 *Ex ante*-eis van ingebouwde tijdelijkheid.

achteraf kunnen aangewend worden[9], en zijn alleen die maatregelen aanvaardbaar die noodzakelijk zijn voor het nagestreefde doel bij de crisis[10]. Tenslotte moet in de geest van het van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens uitgemaakt worden welke grondrechten en gewone grondwettelijke wel en welke niet via noodwetten beperkt kunnen worden[11].

Zonder duidelijke grondwetsbepalingen over deze minimumeisen geldt het gelijk van Constant (de erkenning van uitzonderingstoestanden en het gebruik van noodwetten is niet wenselijk wegens het risico van usurpatie van de machten)[12].

Vraag is of de grondwetgever deze oefening in duidelijkheid wil aanvatten? Vraag is ook of de gewone wetgever niet eerder verkiest om de Grondwet links te laten liggen en met de gewone wetgevende bevoegdheden naar eigen inzicht te handelen om vermeende crisissen aan te pakken[13]? Toch denk ik dat we de stap naar een volwassen codificatie van de uitzondering moeten zetten om een cultuur te creëren van stressbestendig omgaan met noodtoestanden, waardoor gevaren zoals het eindeloos verlengen ervan worden teruggedrongen. Ik denk dat het niet alleen kan, maar ook 'moet'.

Dat laatste baseer ik op de mensenrechtelijke verplichtingen die rusten op staten neergelegd in Artikel 4 van het Internationaal Verdrag inzake de Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en Artikel 15 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Laatstgenoemde bepaling handelt over 'Afwijkingen in geval van noodtoestand' is kort maar rijk aan informatie over wat moet of kan en hoe:

> *1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.*
> *2. De voorgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van Artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, en van de Artikelen 3, 4 (eerste lid), en 7.*
> *3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht om af te wijken, moet de Secretaris- Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houden van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens in kennis stellen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast (artikel 15 EVRM).*

9 Eis van *review* tijdens en erna ("*in itinere* review en *ex posteriori* review").
10 Eis van doelgebondenheid.
11 Eis van voorzienbaarheid. Een aantal van de in de tekst vermelde voorwaarden zijn vervuld in Artikel 103 van de Nederlandse Grondwet over de 'Uitzonderingstoestand'. Deze bepaling geeft bijvoorbeeld aan welke grondrechten wel en welke niet kunnen worden beperkt. Anderzijds is de bepaling te vaag over rechterlijk toezicht op het gebruik van de noodtoestand, te vaag over de duur van een noodtoestand en ook zegt de bepaling niet wat precies een uitzonderlijke situatie is ('geval van staatsnood'). Het drukken op de uitzonderingsknop wordt met andere woorden overgelaten aan de wetgever (Daniëls, 2021). Elke griep is voldoende?
12 Alleen een volwassen verrijkte grondwetsclausule en noodwetgeving zorgt voor het dichten van de kloof tussen, enerzijds, het gevaarlijke 'schorsen' van de Grondwet en, anderzijds, het normaal functioneren van de rechtsstaat waarbij grondrechten op gecontroleerde wijze worden beperkt (Van Haegenborgh 2016).
13 Het fenomeen *rentseeking*, -de overheid bedient bij het stemmen van wetten vooral zichzelf en dominante machtsgroepen, maar zelden het hoger algemeen belang-, wordt in de literatuur systematisch vermeld als een waarschuwing tegen overspannen verwachtingen over wetgeving. De Europese privacywetgeving uit 2016, bedoeld om privacy en andere grondrechten te verstevigen, in een door technologie gedreven samenleving, barst van de uitzonderingsbepalingen ten behoeve van overheden (Hildén, 2019) waarin ofwel niets bepaald wordt ('overheden kunnen doen wat ze willen mits ze een wet stemmen') ofwel minder strenge voorwaarden worden opgelegd in vergelijking met private actoren. *Facial recognition* is op die wijze quasi verboden voor allen, maar niet principieel uitgesloten voor overheden.

De bepaling laat vergaande beperkingen toe op bepaalde (niet alle!) vrijheden zoals deze op vergadering, privacy en meningsuiting maar eist toetsing aan strikte noodzaak, aan het internationaal recht en kennisgeving aan Europa zodat *ex post facto* toetsing door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van de gemaakte belangenafwegingen mogelijk blijft (Lavrysen, 2020). Artikel 4 IVBPR voegt daaraan toe dat de afwijkingen niet discriminerend mogen worden toegepast en dat er een officiële afkondiging moet zijn. Deze bepalingen zijn ongetwijfeld van toepassing op de COVID-19 crisis en een aanzienlijke groep landen, maar niet alle, heeft dan ook de kennisgeving aan de Raad van Europa (voorzien in de derde paragraaf) gedaan (Lavrysen, 2020; Greene, 2020). Lavrysen maakt melding van een aantal argumenten *pro* en *contra* het gebruik van de noodtoestand-meldingsprocedure. Een formeel argument in België tegen het ingeroepen van deze bepalingen ondanks draconische COVID-maatregelen is precies het stilzwijgen van de Grondwet: België heeft, zo zagen we, geen (grond)wettelijk kader voor het uitroepen van de noodtoestand. Een afwijking onder artikel 15 EVRM afkondigen zou in strijd zijn met artikel 187 van de Belgische Grondwet (Van Haegenborgh 2016; De Braeckeleer, 2017).

3. Volwassen noodwetten tegen grondwetbesmetting en juridische onverschilligheid

Samen met anderen heb ik in 2015 naar aanleiding van een golf terrorisme aanvallen en de reacties van de Belgische autoriteiten daarop, naar Frans model gepleit voor een echte terrorisme-noodwet die geest én letter van artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR respecteert. Niet omdat we blind zijn voor Constant's lessen over usurpatie en staatsgrepen. Niet omdat we zo tuk zijn op abnormale grote beperkingen van grondrechten, -voorbij wat mogelijk onder 'normale' regels. Denk maar aan huiszoekingen zonder rechterlijke mandaat of langdurige politiedetenties). Wel pleitte ik voor zo'n terrorismewet uit onvrede met de reacties van overheidswege op de terrorismecrisis op meerdere punten. Mijn twee bekommernissen specifiek over de Belgische Grondwet blijven actueel.

Primo, wordt het tijd om grondwettelijke onzekerheden uit te klaren. Zo zijn er nog steeds auteurs de tekst van Grondwet links laten liggen en helemaal geen bepaling over de noodtoestand wensen. Zij bepleiten de toepassing van de rechtsfiguur van overmacht om af te wijken van de tekst van de Grondwet. Anderen argumenteren dat ondanks de Grondwet toch een staat van beleg kan uitgeroepen worden en baseren zich hierbij op oude Franse wetgeving van voor de Belgische onafhankelijkheid (Van Haegenborgh 2016). *Secundo*, blijkt uit de praktijk dat er ondanks de Grondwet wel degelijk een terugkerende praktijk bestaat in België om noodsituaties aan te pakken met noodwetten (Van Haegenborgh 2016; De Braeckeleer, 2017). De COVID-crisis is in ons land aangepakt met een noodprocedure van ministeriële besluiten, steunend op de wet op de civiele veiligheid uit 2007, een wet die eigenlijk bedoeld is om snel en tijdelijk te kunnen ingrijpen bij rampen zoals grote ontploffingen of branden. Ondanks een uitspraak van de Raad van State dat deze wet inderdaad kan gebruikt worden voor maatregelen zoals de controversiële avondklok zijn alle grondrechtspecialisten het eens over het ongeschikt karakter van deze wet die toelaat zonder parlementair debat voor langere periodes vergaande beperkingen aan de grondrechten aan te brengen (Vuye, 2021; Verbergt, 2020). Sotiaux spreekt over 'het besmetten van de Grondwet'. Nederland doet het niet veel beter. De grondwettelijke noodtoestand is nooit uitgeroepen en heel de gezondheidscrisis is *gemanaged* met gewone wetgeving (Daniëls, 2021). Andere landen zoals de Verenigde Staten, omzeilen hun Grondwet door hun terrorismemaatregelen buiten de landsgrenzen te houden (Guantanamo Bay). Quasi al deze landen gaan normale wetten stemmen (wat makkelijker is dan het sleutelen aan de Grondwet) en voeren via die wetten bevoegdheden in die zo ruim en vergaand zijn dat ze alle noden qua terrorismebestrijding kunnen lenigen ook al is de weerslag op de grondrechten enorm en in gewone omstandigheden niet te verkiezen.

Dat is het ogenblik dat de besmetting optreedt en de grenzen van de Grondwet worden opgezocht.

Met een duidelijke noodwetgeving en grondwetsclausule kan zo'n besmetting vermeden worden[14]. Door het uitdrukkelijk regelen van de mogelijkheid tot in de tijd beperkte uitzonderlijke maatregelen is de burger uiteindelijk beter af dan wanneer de grondwetten worden omzeild. De permanente noodtoestand waar Giorgio Agamben over spreekt in *Homo Sacer* (1995) en *De uitzonderingstoestand* (2003) kan m.i. vermeden worden met deze 'codificatie van de uitzondering'. In de *Groene Amsterdammer* heeft Martijn Stronks een knappe poging gedaan om Agamben relevant te maken voor onze 'stabiele' rechtstatelijke contreien (Stronks, 2020)[15]:

> *"En ook in Nederland is de noodtoestand niet van kracht. Toen onze premier Rutte op een van de ingelaste persconferenties werd gevraagd of de regering naast alle ingrijpende maatregelen ook de noodtoestand afkondigde, antwoordde hij dat hij dat niet precies wist, dat was meer een vraag voor juristen. Onbedoeld raakt de premier hiermee aan de kern van Agambens analyse van de noodtoestand, want wat is nu precies de verhouding tussen de noodtoestand en het recht?*
> *Kennelijk is het mogelijk om allerlei beperkingen van vrijheden in te voeren zonder de noodtoestand expliciet uit te roepen. In de ogen van Agamben behelst de vraag naar de noodtoestand dan ook een beduidend fundamentelere kwestie dan simpelweg de vraag waar in het recht een bepaalde bevoegdheid is geregeld om een uitzondering te maken op regels. 'In werkelijkheid is de uitzonderingstoestand extern noch intern aan de juridische orde, het probleem om deze te definiëren betreft nu juist precies een drempel, of een zone van onverschilligheid, waar binnen en buiten elkaar niet uitsluiten, maar juist in elkaar overlopen', schrijft Agamben. Is dat niet precies wat de onverschilligheid van Rutte toont? Er is een noodtoestand en er moet gehandeld worden, daarover is toch iedereen het eens? De vraag naar de legitimiteit van de maatregelen is typisch het soort beuzelarij waar juristen mee aankomen zetten, dat doen we wel weer als de crisis voorbij is".*

Zoals gezegd, zie ik een volwassen aanpak van noodwetten als een stap in de richting van een cultuur waar besmetting en onverschilligheid wordt tegengegaan. Mijn vertrouwen in die aanpak heeft veel te maken met een vertrouwen in het internationaal recht rond de mensenrechten (zie artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR *hoger*) dat met de jaren vorm gekregen heeft door rechtspraak en gezaghebbende uitleg door internationale toezichtsorganen. Staten krijgen alzo voor oorlogen, natuurrampen, gewelddadige opstanden, terrorisme en grote industriële ongevallen een *'organizing framework'* (McGregor, 2019) voor het uittekenen en ontwikkelen van noodwetten en het toepassen ervan met procedurele en substantiële plichten die vermijden dat grondrechten en rechtstaatprocedures ondermijnd of in de kern geschonden worden.

14 "Je vermijdt het gevaar dat je je grondwet blijvend gaat besmetten, zoals nu wel het geval is. Een keer de noodtoestand wordt opgeheven, keer je terug naar je normale grondwettelijke basis. Dat is essentieel; de uitzonderlijke maatregelen in de strijd tegen het terrorisme mogen niet de nieuwe standaard worden. Ook dat zou namelijk een aanslag zijn op onze democratische waarden" (Sottiaux, 2015).

15 Misleid door Agamben's nogal laatdunkende houding ten aanzien van het recht (in de verhouding met de politiek) wordt een nogal eenvoudige voorstelling gemaakt van Agamben's dystopisch verhaal over onze vrijheden. Stronks grijpt een Nederlands voorval aan om een diepere dimensie te geven aan dat verhaal.

4. Een kader voor tijdelijke, sectorspecifieke en gedetailleerde noodwetten

Een aantal elementen van dat *organizing framework* heb ik hoger al gegeven[16]. Voor Van de Heyning is de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing van uitzonderingsmaatregelen tijdens en erna (*in itinere* en *ex posteriori*) de enige wijze voor Westerse democratieën om het verschil te maken met autoritaire regimes (Van de Heyning, 2021). Alle landen grijpen bij de pandemie ongeveer naar dezelfde remedies, maar het verschil (dat moet gemaakt worden) zit in de zorg voor waarborgen.

Mijn vuistregel bij het aanpassen van ons (grond)wetgevend kader, ligt in het verlengde van Van de Heyning, en draait rond juridisch detail en sectorspecificiteit. Toezicht door rechters en andere waakhonden moeten niet alleen formeel, maar ook inhoudelijk mogelijk zijn. Discretionaire en open normen laten niet altijd rechtelijke toetsing toe. Rechters moeten met andere woorden kunnen bijten in iets dat door het recht kan gebeten worden. De beeldspraak is flauw en weinig accuraat, maar wel niet onbelangrijk[17]. Het Spaanse recht geeft een mooi voorbeeld van wat deze zorg voor toetsbaar detail kan betekenen voor noodwetgeving. Dit recht identificeert drie niveaus van noodzaak, waarbij telkens meer procedurele voorwaarden worden gesteld: staat van nood (*estado de alarma*; *state of emergency*), staat van uitzondering (*estado de excepcion; state of exception*) en staat van beleg (*estado de sitio; state of siege*). In juni 2021 oordeelde het Spaanse Grondwettelijk Hof dat de Spaanse COVID-maatregelen bij de eerste golf ongrondwettelijk waren. De Spaanse regering had een erg vergaand verbod op niet-essentiële verplaatsingen ingevoerd onder de *estado de alarma* (het eerste niveau dat geen goedkeuring van het parlement behoeft), terwijl deze maatregelen aldus het Hof een schorsing van grondrechten vormt die pas kan onder een *estado de excepcion* (tweede niveau dat alleen kan ingesteld worden mits voorafgaande toestemming van het parlement). De Spaanse politici werden erg kwaad, -"want ze deden toch zo hun best"-, maar de les was geleerd (Rincon, 2021; Brunet, 2021; BBC; 2021).

De vuistregel rond sectorspecificiteit betekent concreet dat gestreefd wordt naar meerdere noodwetten (bijvoorbeeld voor oorlogen, voor natuurrampen, voor gewelddadige opstanden, voor terroristische aanslagen en voor grote industriële ongevallen). Daarbij moet worden gekozen voor kaderwetgeving met basisprincipes, naar het model van de wet op de civiele veiligheid van 2007, die verder uitgewerkt kunnen worden door uitvoeringsbesluiten waarmee recht gedaan wordt aan het crisisinzicht dat elke crisis uniek is, 'een unieke configuratie, een unieke samenloop van omstandigheden' (Van Heuverswyn, 2021). De door sommige bepleitte nood aan een Belgische crisis cel (die optreedt bij uiteenlopende rampen en natuurfenomenen) (Marynissen, 2021) is m.i. verzoenbaar met deze sectorspecifieke insteek. In zo'n wetgeving op dergelijke cel kan dan een plaats gevonden worden voor beginselen en inzichten uit het crisismanagement-denken (multidisciplinariteit eerder dan eenzijdig monodisciplinair beleid, coördinatie, scenariodenken, dynamisch beheer, gebaseerd op het principe van continu verbeteren), beginselen waarvan in de voorbije pandemieperiode bedenkelijk weinig gebruik van werd gemaakt (Van Heuverswyn, 2021).

16 Zo kwamen aan bod de *ex ante*-eis van ingebouwde tijdelijkheid, eisen i.v.m. *in itinere* en *ex posteriori* review, eisen inzake noodzakelijkheid en doelgebondenheid en eisen over onaantastbaarheid van geselecteerde rechtstatelijke aspecten en geselecteerde grondrechten. Van Haegenborgh geeft een meer uitvoerige bespreking van deze en andere elementen (Van Haegenborgh, 2016) waarnaar ik verwijs (zie ook Van der Sloot, 2012; Lavrysen 2020).

17 In al mijn geschriften over politiewetgeving heb ik gehamerd om de Wet op het Politieambt op sommige punten (en bevoegdheden) aan te scherpen omdat rechters er doodeenvoudig *niets* mee kunnen aanvangen, wat leidt tot een belangrijk ontbreken van rechtspraak over die bevoegdheden (De Hert, 1998; 2007; 2014). Het gevolg van juridische verschillen in relevant detail is dat de Belgische politie ongehinderd kan fouilleren (quasi niet-toetsbaar door een rechter), maar beter oplet met wapengeweld (toetsbaar).

Al deze wetten moeten voorzien in tijdsbeperkingen die automatische toetsing mogelijk maken en een debat over eventuele verlenging. "Een crisis die een jaar duurt is geen crisis, maar een structureel probleem", merkt één auteur op (Van Heuverswyn, 2021). Een jaarlijkse *sunset clause* (alle noodmaatregelen vervallen na een jaar tenzij…) lijkt dan ook redelijk. Een pandemiewet moet zeker het verschil inbouwen tussen een acute crisis en een endemische fase en op duidelijke wijze datagaring organiseren om stapsgewijs het beleid bij te sturen. Zo kan men op basis van nieuwe inzichten (o.a. het virus muteert en kan dus niet vergeleken worden met mazelen; vaccins werken niet of niet zoals we gedacht hadden; mondmaskers werken wel/niet; in het bos wandelen is geen misdrijf; ondanks het vaccinatiepaspoort kunnen gevaccineerden ook besmetten dus dat paspoort is niet doelmatig; …) beslissen om van de acute crisis (met desnoods veel grondrechtenbeperkingen) naar een endemische fase (Walk, 2021) te gaan.

Ook Van de Heyning gaat te rade bij de inzichten van crisismanagement en de bedrijfskunde en tracht deze te vertalen naar een mensenrechtelijk toetsingsschema. Ze legt daarbij de nadruk op de nood aan inhoudelijke rationaliteit (de inhoud van een beslissing) én procedurele rationaliteit (het tijdstip van een beslissing). Bij nader inzien hebben crisissen zoals de gezondheidscrisis van de afgelopen jaren (maar ook door terrorisme veroorzaakte crisissen) een cyclisch karakter waarbij met elk tijdsverloop meer kennis wordt opgebouwd over het hoe en waarom en waarbij geleidelijk meer tijd beschikbaar is om stappen en beslissingen op basis van nieuwe inzichten bij te sturen. Bij aanvang past vanwege rechters en andere toezichthouders een zekere terughoudendheid (marge) bij toetsing van overheidsreacties, maar geleidelijk kan deze toetsing meer inhoudelijk worden, wat in België ook gebeurde. Van de Heyning verwijst daarbij naar de rechtspraak van de Raad van State over religieuze bijeenkomsten die evolueerden van marginaal naar meer indringend naarmate de inzichten over de verspreiding van het virus groeiden (Van de Heyning, 2021).

5. Ongunstige codificatietijden: groepsdruk/ burgerpolitie (besmettingshaard)

Keren we even terug naar Sotiaux's beeld van het 'besmetten' van de Grondwet door overheden die noodprocedures omzeilen via kunstgrepen en extreem ruim geformuleerde 'normale' politiebevoegdheden en beperkingsgronden met als pervers resultaat dat een noodsituatie altijd aangepakt kan worden omdat het noodkader het gewone kader is geworden. Een goede, volwassen noodwetarchitectuur kan deze geïnfecteerde perversie tegengaan.

Het gebrek aan belangstelling voor deze oefening en de bestaande besmettingsgraad van de Grondwet, roept evenwel de vraag op of we vandaag wel klaar zijn om zo'n codificatie tot stand te brengen. Mijn hypothese is dat er op dat punt te weinig druk is op de politici. De voorkeur lijkt erin te bestaan grote maatschappelijke debatten en knelpunten niet te benoemen (conflictvermijding) en bij onvoorzienbare omstandigheden (terroristische aanslagen door de eigen bevolking; virussen; overstromingen), een bevolking die het onverwachte niet meer wil aanvaarden aan te sturen met een op angst gebaseerd beleid, wat blijkbaar erg aantrekkelijk is. "Mensen hebben het volste recht om angst te voelen in een wereld die zo snel verandert. Maar angst verlamt. Het is tegelijkertijd een machtig wapen, in handen van terroristen, maar ook in handen van de overheid" (Beeckman, 2017). Beeckman dringt aan om die angst om te vormen tot alertheid en komt in haar opiniestuk over terrorisme tot een zelfde conclusie als stemmen zoals Kathleen Van Heuverswyn en Mattias Desmet over de pandemie: crisissen hebben minder met het onverwachte te maken, maar wijzen erop dat men dreigingen niet heeft kunnen voorkomen, dat het preventief beleid (in de gezondheidszorg, in de integratiepolitiek) gefaald heeft of dat dieperliggen-

de fundamentele vragen en verwachtingen (bijvoorbeeld over onsterfelijkheid en zero-ziekte) niet ter discussie zijn gesteld (Van Heuverswyn, 2021; Desmet, 2020).

Maatschappelijke en rechtstatelijke alertheid wijkt wanneer de angst domineert. Tijden waarin politici conflicten hanteren als politieke oorlogsvoering en daarbij angst inschakelen (Beeckman, 2017) behoeven een constitutioneel verbod op overheidsangst. Of politici zo'n verbod zullen respecteren is nog maar de vraag. Rutger Bregman heeft overtuigend aangetoond dat politici voortdurend hun eigen negatief beeld op mensen en hun eigen angsten onderschatten en daardoor vaak fout beleid neerzetten (Bregman, 2019). Aangestuurd door plots (vaak te laat) wakker geschoten politici verwordt angst tot een groepsdynamiek waarop helaas weinig rechtstatelijke waarborgen en remmen staan. Het platwalst een weg waarop politici ongehinderd kunnen bewegen en 'geeft' hen een mandaat tot daadkrachtig handelen *a posteriori* dat zich slecht verhoudt met onze rechtstatelijke erfenis. Burgers willen weg van de uitzondering en het nieuwe normaal 'moet' en mag daarbij zo gedefinieerd worden dat de 'uitzondering' de regel wordt. Het recht moet met andere woorden weg voor het primaat van de politiek (cf. Agamben *hoger*). Dynamieken zoals burgerpolitie en onverschilligheid ten aanzien van het rechtssysteem passen in dit klimaat. Over die dynamieken (of besmettingshaarden) handelen de nu volgende paragrafen.

Een eerste dynamiek is die het transformeren van burgers in politieagenten. Ik doel onder meer op het gecreëerde klimaat waarbij apothekers 'hun' data gebruiken om in volle winkelruimtes niet-gevaccineerden terecht te wijzen (schending van het beroepsgeheim), waarbij eindeloos geklikt wordt bij de politie over mensen die feestjes geven, niet-essentiële verplaatsingen maken of geen mondmasker dragen, waarbij kranten en sociale media (Facebook, LinkedIn, …) zonder waarborgen mensen gaan checken en censureren die kritisch zijn over het beleid en waarbij 'tools' zoals corona-apps en coronapaspoorten de wereld worden ingestuurd zonder duidelijke beperkingen waardoor het *con gustuo* gebruikt en misbruikt wordt door allerlei stakeholders (werkgevers, bakkers, restauranthouders, eventorganisatoren, voetbalclubs, …) zonder waarborgen.

Humor helpt bij het neerzetten van deze dynamieken. In België doet niemand dat beter dan Michael van Peel. In Nederland gaf Arjen Lubach ons een prachtige *sketch* over de introductie van de corona-app (Lubach, 2020): de overheid komt met een corona-app en rekent daarbij op draagvlak, hoewel niemand weet hoe 'ie werkt en wat de voor- en nadelen zijn'. Groepsdruk gaat het kunstje doen omdat iedereen gewoon weer veilig naar buiten wil en zo'n app daar vast zal bij helpen. Hoe gaat dat dan? De regering wil een app, snel snel gaan kranten mensen vragen of ze dat ok vinden hoewel er nog geen details zijn en dan kan de overheid dit gebruiken om drie weken later met de app te komen.

Door de angst kruipt er een politieman in onze breinen. Het is een wereldwijd fenomeen. Stanford Professor Jay Battacharya, -verdediger van een risicodoelgroepbeleid en tegenstander van *lockdowns* en massavaccinatie-, wijst erop hoe ergens rond oktober 2020 een vorm van *illiberale* politiek de plaats ingenomen heeft van het zoekend en tastend beleid dat de eerste periode kenmerkte (Battacharya, 2021). Ook Desmet wijst naar die periode als een omslagmoment waarbij een proces van massavorming ontstond dat leidde tot een dwingend soort denken waarbij tegenstem of discussie over gevolgde crisisstrategie plots niet acceptabel werd (Desmet, 2021). Gevolg: zeer eenzijdig nieuws op de officiële zenders, het censureren van kritische stemmen op Facebook en Linkedin, het ontslag van kritische academici en het

aanwijzen van protesterende jongeren en ongevaccineerden als de officiële vijand. Geen complottheorieën maar een proces dat zich sluipenderwijs verbazend meester gemaakt heeft van de geesten[18].

Het politiëren van burger en beleid vergroot de greep van de uitvoerende macht op onze samenleving. We worden allemaal uitvoerders, inclusief belangrijke beroepen (geneesheren, apothekers, wetenschappers, etc.) van wie, onder meer door tussenkomst van hun deontologische orden, verwacht worden dat ze het beleid mee uitvoeren (zie mijn voorbeeld van de apotheker). Dit proces van de-professionalisering van cruciale vertrouwensberoepen (Verbrugge 2021) ondergraaft niet alleen het opgebouwde vertrouwen van deze beroepen bij (een deel van de) bevolking, maar ook een aantal *maatschappelijke checks and balances* die wat mij betreft even belangrijk zijn als *juridische checks and balances*[19].

Maxim Februari wijst op de teloorgang van de beroepseer. De-professionalisering gaat hand in hand met *cover your ass* attitudes en regels, indekken en braafjes de ordes gehoorzamen om achteraf (ook als het misloopt) te kunnen zeggen dat jij alles gedaan hebt om het te voorkomen en dat jou dus niets te verwijten valt (Februari 2021a). De operatie wordt vergemakkelijkt door het bewust niet opzetten van registratiesystemen om vaccinatieschade te meten, hoewel zo'n registratiesysteem door de stapsgewijze uitrol van vaccinaties (eerst de ouderen, dan de zieken, dan de rest) peren perfect uitgebouwd had kunnen worden (Walk 2021).

6. Ongunstige codificatietijden: onverschilligheid t.a.v. recht(ers) (besmettingshaard 2)

Een tweede dynamiek is nu en dan al aan bod gekomen: onverschilligheid voor de juridische funderingen van onze systemen. We zagen in deze crisis politieke druk op minderjarigen, volwassenen, beroepsgroepen om het beleid van de voorbije jaar ingang te doen vinden. Deze druk wordt ook op de rechterlijke macht uitgeoefend. Zowel in Nederland en België werden rechterlijke vaststellingen over de onrechtmatigheid van overheidsmaatregelen tegen corona wegens gebrekkige rechtsgrond, onmiddellijk door hogere rechtscolleges weerlegd. In Nederland ging dat zelfs verdacht snel[20]. In België speelde de Brusselse beroepsrechter een één-twee-drietje met de Raad van State om allerlei politiemaatregelen ingevoerd met

18 Battacharya geeft als voorbeeld het wereldwijd fenomeen in de eerste periode van het niet ter beschikking stellen door overheden van zelftesten. Uit hun gedrag bleek dat het testen op zich niet belangrijk was voor hen (wat de burgers over testen dachten liet hen duidelijk koud): het moest en zou moeten gekoppeld worden aan het *tracen* en controleren (Liga, 2020a en 2020b). Deze politievisie op medische testen, -die ook de Belgische wet van 22 december 2020 hierover tekent-, zorgde wereldwijd voor het niet ter beschikking stellen aan burgers van testmateriaal wat hen zou toegelaten hebben *zelf* verantwoordelijkheid te nemen. Cf. Wet van 22 december 2020 houdende diverse maatregelen met betrekking tot snelle antigeentesten en de registratie en verwerking van gegevens betreffende vaccinaties in het kader van de strijd tegen de COVID-19-pandemie, *B.S.*, 24 december 2020: Art. 3. § 1. De fabrikanten, importeurs of geregistreerde distributeurs stellen snelle antigeentesten enkel ter beschikking aan: 1° andere geregistreerde distributeurs, met uitzondering van vergunde apotheken; (…) Art. 5. § 1. De snelle antigeentesten kunnen enkel worden uitgevoerd op vraag van een arts of specialist voor klinische biologie of op basis van een coronatest prescription code afgeleverd volgens de testrichtlijnen gepubliceerd op de website van Sciensano, indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden

19 Zowel in België en Nederland geldt volgens de wet dat de verantwoordelijke voor farmaceutische voorlichting een erkende arts of apotheker moet zijn (resp. Koninklijk besluit van 7 april 1995 betreffende de voorlichting en de reclame inzake geneesmiddelen voor menselijk gebruik; Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)). Deze professional moet de patiënt voorlichten zodat een oordeelkundige keuze mogelijk wordt en dezelfde professional kan de patiënt helpen bij gebeurlijke neveneffecten van vaccinatie. Via vaccinatiecentra wordt deze tussenstap eenvoudigweg overgeslagen en wordt een eenvoudige eerstelijns-structuur onmogelijk gemaakt om cijfers over vaccinatie(gevolgen) te verzamelen. Artsen die niet informeren; artsen die slechts een doorgeefluik van het vaccin worden en artsen die er zelfs niet bij zijn als een vaccin (in een vaccinatiecentrum) wordt gezet ….

20 Nadat de kortgedingrechter op dinsdagochtend 16 februari 2021 geoordeeld had dat de avondklok per direct opgeheven moest worden, schortte het gerechtshof in Den Haag die beslissing 's avonds (6 uur later) alweer op wat de politiek wat meer ademruimte gaf voor noodbeleid (Stadermann 2021).

ministeriële besluiten te redden[21]. Dit Brussels arrest bevat een hoge dosis conformisme en *cover your ass*. Controversiële stellingnamen over de noodzaak van sommige covid maatregelen worden kritiekloos overgenomen van de Raad van State en doorgeduwd met non-argumenten zoals 'de regering werkt hard aan een echte pandemiewet' (*so what?*) en 'de mensenrechtenorganisaties in het geding hebben hun klachten ook voorgelegd aan het Grondwettelijk Hof en dus gaan we voorlopig niets zeggen' (*hè?*). Tussen de lijnen door valt in het Brussels arrest wel te lezen dat er een grondwettelijk probleem is met het opleggen van strafsancties voor corona-overtredingen en dat het niet netjes is dat de bevoegde minister van Binnenlandse Zaken alles alleen mag beslissen omwille van 'de crisis' en dat daarbij bijna nooit het (spoed)advies van de Raad van State werd ingewonnen[22], Rechters staan bijgevolg duidelijk onder maatschappelijke en politieke druk bij crisissen en komen min of meer openlijk regeringen tegemoet.

Op Europees vlak is dat niet anders. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt, naast het EU Hof van Justitie, één van de twee grote Europese rechtscolleges dat lidstaten kan terugfluiten bij grondrechtenschendingen. Op cruciale momenten zien we dit Hof 'tegemoetkomen' aan druk van lidstaten (De Hert, 2005). Recent, in april 2021[23], deed het dat nog door op zeer ruime wijze een Tsjechische vaccinatieplicht ten aanzien van kinderziektes te accepteren, met een duidelijke boodschap richting COVID (Pierik, 2021). Er zijn andere voorbeelden. Een paar weken na 9/11 velde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het arrest *Khan*[24], waarin het aangaf dat onrechtmatig verkregen bewijs vaak geldig kon gebruikt worden in rechtszaken. Onze Belgische magistratuur, doorgaans niet happig op het respecteren (en lezen) van ongunstige arresten (genre *Salduz*), was er plots snel bij om in *no time* toepassing te maken van dit voor hen voordelig arrest wat in ons land leidde tot een quasi-principiële aanvaarding van onrechtmatig bewijs, officieel geproclameerd in het Antigoon arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003[25]. In dit arrest werd een onrechtmatige veiligheidsfouillering en doorzoeking vastgesteld (schending van de voorschriften van artikel 29 Wet Politieambt) maar sprak het Hof toch een veroordeling uit. Deze rechtspraak werd vervolgens aanvaard in een nieuw Europees arrest *Lee Davies v. Belgium* (28 juli 2009) gevolgd door het Belgisch Grondwettelijk Hof in 2010 en 2011 (Berkmoes 2011)[26], en in de wetgeving ingeschreven in 2013 (De Smet, 2013).

Nu is deze Belgische juridische ontwikkeling (in duet met het Europees Hof) geen alleenstaand gegeven, net zomin als 9/11 dat was. Jenia Turner geeft een bredere internationale analyse over hoe rechtssystemen weg evolueren van een 'majestueuze' visie op het uitsluiten van bewijs als een symbool van een rechtstaat naar een 'verzwakte' *cost-benefit* houding waarbij alle vormen van politieoptreden 'gedekt'

21 Vanaf 30 oktober 2020 heeft de Raad van State een reeks adviezen en arresten over grondrechtenbeperkingen (verbod op contactberoepen, op samenscholingen, avondklok etc.), ingevoerd zonder parlementair debat op de enkele basis van ministeriële besluiten getekend door één minister (Binnenlandse Zaken), consequent gebillijkt op basis van de wet van 2007 op de civiele veiligheid en bepaalde artikelen uit de wet op het politieambt (RvS (AV) 30 oktober 2020, nr. 248.818, nv Umami; RvS (AV) 30 oktober 2020, nr. 248.819, Verelst e.a¸ 25-30.; RvS 13 november 2020, nr. 248.918, bv Mainego; RvS 4 februari 2021, nr. 249.723, bv Mainego e.a. RvS 24 februari 2021, nr. 249.904, nv Derby e.a.. Zie het overzicht in advies nr. 69.253/AV van de Raad van State, gegeven op 23 april 2021, *B.S.*, 25 april 2021). Deze adviezen werden niet op instemming ontvangen door Belgische grondwetspecialisten (Vuye, 2021; Sottiaux 2020), maar werden wel aangegrepen door het Brussels Hof van Beroep in juni 2021 (Hof van Beroep Brussel, arrest 7 juni 2021, https://mensenrechten.be/bestanden/uploads/pdf/copie_arret_2021kr17_id32102-10606016.pdf), om een eerdere beschikking van de kortgedingrechter van 31 maart 2021 te vernietigen en toch te besluiten tot verenigbaarheid van deze ministeriële besluiten met de idee dat er voor overheidsoptreden een wettelijke basis moet kunnen aangewezen worden.

22 Ondertussen hadden al meerdere strafrechters geoordeeld dat het opleggen van strafrechtelijk sancties op basis van besluiten ongrondwettelijk is en ook niet gesteund kunnen worden op de wet van 2007. Strafrechtelijke vervolgingen zijn, aldus de Grondwet, alleen mogelijk onder strikte legaliteitsvoorwaarden. Zie Gysels, 2021

23 EHRM, Case of Vavřička and Others v. the Czech Republic (Application 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 9306/15, 43883/15) 8 april 2021, https://hudoc.echr.coe.int

24 EHRM, Case of A.H. Khan v. The United Kingdom, (Application No. 6222/10) 20 december 2011, https://hudoc.echr.coe.int

25 Cass. 14 oktober 2003, AR P030762N, concl. Adv.-Gen. M. De Swaef.

26 GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011, *NC* 2011, 365, noot H. Berkmoes

wordt (Turner, 2014). Weg is de brede visie van bijvoorbeeld de Amerikaanse rechters in *Boyd v. United States, Mapp v. Ohio* en andere arresten dat zonder een soort grensbewaking en uitsluiting van onrechtmatigheden grondwetsbepalingen slechts *"a form of words"*[27] worden en *"might as well be stricken from the Constitution"*[28].

Zelfs in internationaal verband, valt de toch heel grote bocht in België na 9/11 op. Aangezweept door het Hof van Cassatie slaagde en slaagt omzeggens geen enkele individuele strafrechter er nog in om onrechtmatig bewijs *niet* te gebruiken bij de bewijsvoering. Het resultaat is dat privacywetgeving omzeggens geen enkele waarde meer heeft in de rechtszaal omdat rechters met beroep op Antigoon elke privacy inbreuk door de politie aanvaarden (De Hert, 2017; Verstraeten, 2021). Niet alleen de Grondwet en de privacywetgeving, maar ook de Wet op het Politieambt is verworden 'tot een theoretisch concept' (Goossens, 2010), nu omzeggens elke miskenning van een bepaling uit deze wet *geen* aanleiding heeft gegeven tot bewijsuitsluiting, ondanks de nadruk op het legaliteitsbeginsel in artikel 1, derde lid Wet Politieambt (vgl. minder dystopisch Berkmoes, 2013).

Februari brandmerkt dergelijke tendensen als *cover your ass* tendensen: rechtstatelijke stekels worden vooraf uit het rechtssysteem gehaald, wat op zijn beurt leidt tot een verminderende belangstelling voor het recht en verminderende zorg voor rechtmatigheid (Februari, 2021a)[29].

7. Du sollst, denn du kannst (besmettingshaard 2, vervolg)

In een interview stelt Sottiaux dat als "men uitzonderlijke maatregelen een keer toelaat, hoe goedbedoeld ook, blijven ze klaarliggen als een geladen revolver voor elke schietgrage cowboyburgemeester of -gouverneur die minder goede bedoelingen of scrupules heeft", zegt hij. "Een volledige wijk vanaf 22 uur 's avonds huisarrest geven, is meer dan een brug te ver." (De Morgen, 2020). Dit beeld van de geladen revolver past bij wat technologiefilosoof Hans Jonas schrijft over technologische civilisatie (Jonas, 2011). Onze technologsiche samenleving, aldus Jonas, kampt voortdurend met de neiging om alles wat min of meer voorhanden is als technologie (avondklokken, camerasystemen, apps, vaccinaties), ook te gebruiken en dit op dwangmatige wijze alsof we moreel gedwongen zijn. Met een knipoog naar Kants 'je kunt, want je moet', benoemt Jonas dit fenomeen als 'je moet, want je kunt'. Jonas is goed vertrouwd met het werk van Jacques Ellul die reeds in 1954 schreef over de gevaren van het technicisme en het geloof in techniek als oplossing voor (de veelal door techniek veroorzaakte) problemen.

Bij Ellul krijgt Jonas' morele dwang iets meer handen en voeten. Techniek (een begrip dat bij Ellul ruimer is dan machinetechnologie) hypnotiseert en wiegt op totalitaire wijze alle onderdelen van een samenleving in slaap: "*Modern technology has become a total phenomenon for civilization, the defining force of a new social order in which efficiency is no longer an option but a necessity imposed on all human activity*" (Ellul, 1964). Bij dat doen inslapen speelt technicistische propaganda een grote rol waardoor actoren zich in alle opzichten gesterkt voelen om een dominant verhaal over te nemen en anderen weg te zetten als

27 *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 392 (1920).
28 *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 393 (1914).
29 Deze tendens kan evengoed geïllustreerd worden met het verhaal van de wetgeving op de gemeentelijke administratieve sancties en de quasi ongelimiteerde mogelijkheden die deze geeft aan burgemeesters om juridisch bijna niet te controleren begrippen zoals 'overlast' te sanctioneren (De Hert, 2005b en 2010), wat overheden het gevoel geeft dat een democratisch mandaat alles legitimeert. Denken we maar aan de Antwerpse gouverneur die de avondklok in 2020 invoerde 'ook al is dit tegen de wet' en de burgemeester van Willebroek die de smaak te pakken kreeg van die maatregel en omwille van wat overlast een extra strenge avondklok oplegde (De Morgen, 2020)..

fout. "*Those who read the press of their group and listen to the radio of their group are constantly reinforced in their allegiance. They learn more and more that their group is right, that its actions are justified; thus their beliefs are strengthened. At the same time, such propaganda contains elements of criticism and refutation of other groups, which will never be read or heard by a member of another group*" (Ellul, 1973). De link naar het dominante vaccinatiediscours met zijn strenge veroordeling van minderheidsgroepen en 'laaggeschoolden' is evident en werd al gemaakt (Desmet, 2021). We beklemtonen dat Ellul's propaganda-begrip altijd gerelateerd wordt aan de ideologievorming rond technologie. Het is via propaganda dat mensen worden geïntegreerd in de technologische wereld en vergeten dat problemen ook andere dan technologische oplossingen kunnen hebben. Het is via propaganda dat de door technologie veroorzaakte problemen worden toegedekt en we teruggebracht worden naar de heilige technologiegraal als oplossing voor technologieschade.

Ellul's begrippen (politiestaat, totalitaire staat, propaganda) zijn zwaar op de hand, maar bij nader inzien correct. Zijn perspectief is sociologisch-psychologisch. Propaganda, zo schrijft hij in zijn inleiding van het gelijknamig boek, is minder een bewust politiek wapen (dat is het ook), maar veeleer een dynamiek of gevolg van een technologische samenleving dat én mensen wil voegen in een technologisch raderwerk én daarbij de machines onzichtbaar wil maken. "*Propaganda stops man from feeling that things in society are oppressive and persuades him to submit with good grace*" (Ellul, 1965).

Ook Hannah Arendt - in het bijzonder in het in 1963 uitgebrachte *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil* (gepubliceerd nadat Ellul zijn boeken in het Frans uitgaf) - heeft de vinger gelegd op een minder voorspelbare wijze van beïnvloeding van burgers en op de werking van groepsdynamieken (Arendt, 2006). Niet bruut geweld op de Duitse ambtenaren, maar groepsconformisme verklaart het Duitse succes van de massavernietiging. Arendt nuanceert ouderwetse verschijningsvormen van het kwade en spreekt over 'kwaad zonder bewustzijn' en 'bureaucratisch kwaad'. Eichmann was - in haar visie - geen monster, maar eerder een clown die zich uitdrukte in bureaucratische clichés die zijn onvermogen tot denken aan het licht brachten. Nu valt op Arendt's typering van *Eichmann als clown* serieus wat af te dingen (Rozemond, 2013), maar Arendt's opmerkingen over bureaucratisering, *cover my ass*-houdingen, hypnotisering/onzichtbaarheid van technologie, ontkenning en groepsdruk blijven relevant voor de politieke analyse. Machtsmisbruik en monsterachtigheden zijn niet noodzakelijk het resultaat van brutale dwang en monsters. Integendeel.

8. De onvolledige vrijheidsagenda in onze Grondwet en discretie als nieuwe waarborg

Het succes van denkers zoals Arendt, Ellul en Jonas om meer complexe, subtiele dwangmechanismen op de politieke agenda te zetten, wil evenwel niet wil zeggen dat juristen en rechtstaat-denkers met die agenda overweg kunnen[30]. Het zou fijn zijn om in de Grondwet een nieuwe waarborg op te nemen die alle overheidsambtenaren en vrije beroepen met een wettelijk statuut verplicht tot kritisch denken. Het zou de basis vormen van een nieuw rechtstatelijk vocabularium tegen onzichtbare vormen van usurpatie van de staatsmacht en beperking van de grondrechten. Venmans ziet een belangrijke waarborg in het vermogen

30 Minder is waar. Alle vroeg-liberale denkers (van Constant tot Mill) wezen twee dreigingen voor de vrijheid aan: overheidshandelen en groepsdruk. Het rechtstatelijk kader adresseert alleen het eerste, zwijgt over het tweede en denkt nauwelijks na over wat er gebeurt als de overheid een beroep doet op groepsdruk.

tot kritisch denken. Butlers, zo schrijft hij, doen zichzelf te kort maar kunnen ook geen samenleving runnen[31]. Het ethos van overheidsambtenaren en vrije beroepen zou via mijn ideale Grondwet aangescherpt kunnen worden met deze reflectie over butlers[32].

Kritisch denken heeft een intieme relatie met de notie van discretie. Discretie staat in de eerste plaats voor de gave van het onderscheid (*donum distinctionis*) en het oordeelsvermogen.[33] Alles draait daarbij om dosering op grond van wijsheid. Geen blind gebruik van medicijnen en ziekenhuistechnologie, maar opletten voor overconsumptie. Dat vermogen om te doseren vereist een 'reflectief oordeelsvermogen' (inschattingsvermogen, empathie, wendbaarheid, creativiteit) in situaties waar geen vaste, algemeen geldende regels voorhanden zijn (Venmans, 2019a). Dus geen blind toepassen van regels en afvinken van lijsten. Geen vaccinatiecentra zonder geneesheren, bijvoorbeeld, of vaccins zonder voorafgaande bloedonderzoeken[34]. Geen door het Hof van Cassatie gedicteerd beleid om elk onrechtmatig handelen van de politie op het vlak van bewijs door de vingers te zien (Verbruggen, 2021; De Hert & Koops, 2001; De Hert & Gutwirth, 2005).

Beleid mag met andere woorden niet overgelaten worden aan bureaucratische processen zonder reflectie en met uitschakeling van schakels die wel professioneel in staat zijn bij te dragen tot reflectie.

Venmans is optimistisch over het ontwikkelen van discretie van oordeelsvermogen via training en onderwijs[35]. Een tijdje geleden bracht de Vlaamse televisie (VRT) een mooie reportage over hoe je onderwijs geeft aan jongeren over drugs. Gewoon de eindtermen afvinken en een les geven werkt niet en werkt eerder beschadigend door het verbodene aantrekkelijk te maken, zo blijkt. De oplossing van een schooldirectie was dan ook zonder meer intelligent/discreet: eerst geven we scholieren onderricht over groepsdynamiek, pas dan geven we les over thema's waarbij groepsdynamieken een negatieve rol kunnen spelen. Dit soort wijze schooldirecties kan tot voorbeeld strekken.

Februari[36] wijst eveneens op bredere verantwoordelijkheidsplichten in de rechtsstaat waarbij een belangrijke rol toekomt niet alleen aan individuele ambtenaren, maar ook aan juristen, zorgverleners, rechters en andere professionals die een belangrijke schakel vormen tussen de overheid die regels oplegt en de burger. Aan hen de gewetenstaak om niet half te denken, maar kritisch te denken en de verantwoordelijkheden te overzien (Februari, 2021a)[37].

31 'Denken is inderdaad een innerlijk gesprek waarbij de persoon in tweeën gesplitst wordt: deelpersoon A is de man of de vrouw met een mening, deelpersoon B speelt de advocaat van de duivel die bij elke mening van A een vraagteken plaatst. A vindt iets, B spreekt tegen. Wie denkt, leeft dus tijdelijk in contramine met zichzelf. Voor een butler is dat laatste niet zo handig, 'want hij heeft veel werk te verrichten: vooruitplannen, organiseren, rekenen, problemen oplossen. Dat soort werk vereist praktische intelligentie maar geen kritisch denken. Kritisch denken is namelijk niet oplossingsgericht. Het gaat niet recht op een resultaat af, maar veronderstelt de bereidheid om geduldig de verschillende standpunten in een zaak tegen elkaar af te wegen, met het onvermijdelijke risico dat je niet meer tot een eigen standpunt komt' (Venmans 2019a).

32 Venmans' medicijn ligt in de lijn van Ellul's ethiek van on-macht (Ellul 1980; Roure, 2016) gericht op het leren leven als denkende en verantwoordelijke mensen "te midden van een technisch-economisch systeem dat ons tot objecten reduceert, tot radertjes in de machine" (Mulder, 2014). Ellul blijft een beetje vaag over die ethiek van de on-macht. Zeker is dat deze ethiek het geen verwerping vormt van technologie of een vlucht in het bos ver van de beschaving. Zijn programma gaat eerder in de richting van Heidegger's existentiale *er-zijn*, met religie als een belangrijke voedingsbron om voorbij het existentiële te komen. Ook Constant wees niet-georganiseerde religie en het 'religieuze sentiment' aan als voedingsbron voor zelfontwikkeling in vrijheid (Garsten, 2010). Al deze voorstellen mogen voor sommigen een brug te ver zijn of niet onmiddellijk praktisch inzetbaar. Vandaar dat het programma van de reeds genoemde Venmans wat meer aandacht verdient in mijn tekst.

33 De Franstaligen geven deze eerste betekenis goed weer met hun *L'âge de discrétion*, wat de Nederlandstaligen wat onhandig vertalen als *de jaren van verstand*, hoewel het over meer gaat dan herseninhoud.

34 Mensen met antilichamen kunnen een sterke, negatieve immuniteitsreactie krijgen bij het plaatsen van een vaccin.

35 "Je kunt mensen *common decency* bijbrengen via onderwijs en opvoeding. Je kunt ernaar streven dat discretie een habitus wordt, een gewoonte die leerlingen zich eigen maken» (Venmans, 2019b)

36 We lieten Februari al aan het woord over *cover your ass* neigingen binnen het overheidsapparaat waardoor volledig voorbijgegaan wordt aan rechtstatelijke integriteitseisen.

37 Een in alle universitaire opleidingen verplichte literatuurlijst met onder meer Ellul's *The Technological Society* en *The Ethics of Nonpower* zou via een morele grondwet afgedwongen moeten worden.

De hoger besproken invulling van het begrip discretie als onderscheidingsvermogen leeft nog steeds in het begrip discretionaire bevoegdheid, -een bevoegdheid die de wet verleent aan overheidsambtenaren en vrije beroepen met de boodschap 'u mag zelf oordelen, ik vertrouw op uw onderscheidingsvermogen'[38]. Er is blijvende nood aan het beklemtonen van deze eis van onderscheidingsvermogen. Discretionaire bevoegdheden zijn niet zonder verantwoordelijkheid. In de sfeer van politie spreekt Maesschalck over de nood aan 'moedig leiderschap' (Maesschalck, 2019). De ruimte geboden aan het handelen van deze bijzondere beroepen moet met *donum distinctionis* (de gave van het onderscheid) en reflectief oordeelsvermogen ingenomen worden, zo niet kan beter afgezien worden van het streven naar verantwoordelijke posities in een samenleving. Leidinggevenden en opleiders die mee de ambiguïteiten binnen de instelling of op de werkplaats. (bijvoorbeeld, de dagelijkse politiepraktijk) willen en durven dragen, kunnen 'echt' een groot verschil maken, schrijft hij op het einde over zijn betoog over verantwoordelijkheid en politielegitimiteit (Maesschalck, 2019).

Er is nog een tweede, meer populaire betekenis van het begrip discretie: reserve, omzichtigheid, terughoudendheid en respectvolle afstandelijkheid. Ook dat verdient het om in de Grondwet (de echte dan) te worden opgenomen[39]. Discretie is hier het tegengestelde van de wil tot weten en de respectloze miskenning van privacy. Dat respect van de andere is nodig om die andere niet in verlegenheid te brengen en hem of haar de kans te geven zelf zijn vrijheid te nemen en autonoom te handelen (Venmans 2019a).

In het rechtstatelijk en mensenrechtelijk denken spreken we over proportioneel en subsidiair handelen of handelen wanneer (en alleen dan) dit 'noodzakelijk is in een democratie'. Deze eisen zijn robuust ontwikkeld in de internationale rechtspraak en opgenomen in de Europese en internationale verdragen en charters rond mensenrechten: een overheid die vrijheden wil beperken moet een gedetailleerde wet gebruiken (legaliteitsbeginsel) én een democratische noodzaak aantonen (proportionaliteitsbeginsel) waarbij tevens aangetoond kan worden dat er geen minder bezwarende alternatieven zijn (subsidiariteitsbeginsel). Deze twee laatste beginselen moeten zonder dralen in de Grondwet worden opgenomen[40].

Er zijn nog meer grondwetswaarborgen die om studie of incorporatie vragen. Ik doel daarbij allereerst op de kwestie van grondrechtenbescherming in een digitale samenleving en de nood aan nieuwe rechten of herschreven oude rechten (bijvoorbeeld, van briefgeheim naar communicatiegeheim). Juridisch geformuleerde grondrechten en vrijheden (meervoud!) zijn steeds selectief en specifiek. Niet alle vrijheidsbelangen worden erdoor beschermd. Nieuwe dreigingen voor grondrechten kunnen zonder '*updates*' of '*boosts*' dan ook niet op dit niveau behandeld worden. Typerend is *Terheş v Romania*,[41] waarin Terheş, een Roemeens lid van het Europees Parlement, de Roemeense *lockdown*-COVID-maatregelen aanvocht (verbod woning te verlaten tussen 10 uur 's avonds en 6 uur 's ochtends gekoppeld aan verbod van elke verplaatsing buitenshuis behalve in een beperkt aantal omstandigheden mits bewijs van geldige reden).

38 "De wet voorziet dat rechters, diplomaten en ambtenaren soms discretionaire macht krijgen, dit wil zeggen: de macht om zelf een oordeel te vellen en tot een beslissing te komen in specifieke gevallen die niet in de wet voorzien zijn. De persoon die met discretionaire macht bekleed is, wordt geacht over voldoende ervaring, expertise en praktische wijsheid te beschikken om tot een salomonsoordeel te komen" (Venmans, 2019a).

39 Deze meer hedendaagse betekenis bouwt voort op en veronderstelt een goed werkend oordeelsvermogen (zie hoger).

40 Zowel de Belgische als Nederlandse Grondwet gaan terug tot de negentiende eeuw. Beide lopen door hun op het legaliteitsbeginsel gecentreerde beperkingssystematiek en gebrek aan inhoudelijke maatstaven voor de grondrechten-beperkende wetgever ver achter op de moderne Europese en internationale teksten (NJCM Edito, 2008). Eisen zoals proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid voor grondrechten-beperkende wetgeving horen in een moderne Grondwet (NJCM Edito, 2008; Julicher, 2021), al dan niet verder aangevuld met de eis van onaantastbaarheid van de kern van grondrechten *à la* Duitse en EU Grondwet. Zo'n duidelijke tekst, die niet alleen eist dat er een wettelijke basis is, doch ook inhoudelijke toetsingscriteria aanlevert, geeft toezichthouders een tweede been om op te staan bij de beoordeling van overheidshandelen.

41 EHRM, Case of *Terhes v Romania.*, (Application No. 49933/20) 20 mei 2021,

Deze zo belangrijke zaak met betrekking tot onze vrijheid werd door het Europees Hof eenvoudigweg niet ontvankelijk verklaard omdat een *lockdown* geen vrijheidsbeneming is in de technische zin van het mensenrechtenverdrag (meer bepaald artikel 5 EVRM). Exit Terheş en exit de mensenrechtentoets (Greene 2001)

Er is meer nodig dan deze meer evidente aanpassingen van grondrechtenteksten aan nieuwe, maar in essentie toch nog klassieke vormen van machtsontplooiingen. Ik denk aan concrete waarborgen tegen het meer listige overheidsgebruik van dingen zoals censuur van communicatie door private partijen (genre Facebook) én aan overheidspraktijken zoals *nudging*[42], propaganda en misleiding. In een rapport van de Nederlandse Gezondheidsraad wordt het wel heel moeilijk gemaakt om rechtstatelijk in te grijpen in dit modern overheidsarsenaal (Gezondheidsraad, 2021). Alleen dwang en soms drang moeten rechtstatelijk geregeld worden[43] maar nudging, overreding en advisering zijn geen drang[44]. Dat doet denken aan de Belgische Wet politieambt die wel het gebruik van dwang regelt, maar zwijgt over verwante verschijnsels zoals drang, *nudging*, overreding en advisering. Eenzelfde stilte in de Grondwet en de rest van ons rechtstatelijk kader. Het advies van de Nederlandse Gezondheidsraad gaat m.i. veel te licht voorbij aan de gevolgen van *nudging* en dreigementen. Toch is het welkom omdat het de veelzijdigheid van drang toont en van de overheid rechtvaardiging eist wanneer deze drang toepast of aanspoort tot drang[45].

9. Vernetwerking en discretieloos politiehandelen (besmettingshaard 3)

Het gebruik van onze Grondwet is besmet door maatschappelijke factoren zoals angst, groepsdruk en techniekhypnose. Een gebalanceerd regime voor noodtoestanden aangevuld met aantal nieuwe grondrechten en waarborgen in te schrijven in de Grondwet, gecombineerd met aanbevelingen voor individuele actoren met verantwoordelijkheid (overheidsambtenaren, vrije beroepen, schooldirecties, werkgevers) werden in het voorgaande voorgesteld bij wijze van alternatief traject om een minimum aan rechtsstatelijkheid te behouden.

De genoemde besmettingshaarden maken evenwel dat zo'n hervorming vandaag het risico loopt om uit te draaien in een verminderde rechtsstatelijkheid met nog meer verzwakking van de Grondwet. De vaststelling die moet gemaakt worden is dat 'de politiek' (uitvoerende macht) geen vragende partij is voor zo'n *grand exercise*. Waarom? Zelfbelang.

42 "Nudging is een motivatietechniek waarbij mensen subtiel worden gestimuleerd om het gewenste gedrag te vertonen" (Gezondheidsraad, 2021).

43 "Drang vraagt rechtvaardiging. De overheid kan kiezen uit een scala aan maatregelen om de deelname aan het vaccinatie- programma tegen COVID-19 te stimuleren. Deze interventies zijn te categoriseren naar de mate waarin ze ingrijpen op de keuzevrijheid van burgers. Van dwang is slechts sprake als iemand geen enkele keuze heeft om zich aan vaccinatie te onttrekken. In het infectieziekten- beleid is de toepassing van dwang zeer zeldzaam. De Wet publieke gezondheid biedt geen mogelijkheid om iemand onder dwang te vaccineren. Van drang is sprake wanneer iemands beslissingsruimte wordt ingeperkt of zodanig wordt beïnvloed dat diegene feitelijk minder keuzevrijheid heeft. Drang kan veel verschillende vormen aannemen. Een vaccinatieplicht is een vorm van drang. Dit geldt ook voor versoepeling van maatregelen voor gevaccineerden. Drang is niet per definitie onaanvaardbaar, maar er moet wel een rechtvaardiging voor bestaan "(Gezondheidsraad, 2021).

44 "Nudging, overreding en advisering zijn geen drang. Naast dwang en drang zijn er ook beleidsinterventies die besluitvorming beïnvloeden zonder iemands keuzevrijheid in te perken: nudging, overreding en advisering. Nudging is een motivatietechniek waarbij mensen subtiel worden gestimuleerd om het gewenste gedrag te vertonen. Overreding richt zich op gedrags- beïnvloeding met redelijke argumenten. Advisering bestaat uit het bieden van betrouwbare en onderbouwde informatie met als doel mensen in staat te stellen een geïnformeerde keuze te maken. Het verschil tussen lichte vormen van drang en 'harde' nudges kan in de praktijk lastig zijn" (Gezondheidsraad, 2021).

45 Op dit moment moedigt de overheid in alle talen het ruim gebruik van een vaccinatie paspoort aan in de samenleving, niet omdat dit op zich zou werken, maar omdat het 'een extra prikkel geeft aan mensen om zich te laten vaccineren' (Van Horenbeek, 2021). Deze prikkel wordt vakkundig ondersteund door dreigingen om een selectieve of massale vaccinatieplicht in te voeren. Is drang met concrete discriminatie als gevolg en een dreigende stok achter de deur dan geen dwang?

De uitvoerende macht slaagde er al in de negentiende eeuw in om door partijdiscipline de wetgevende macht fijntjes te controleren. Dat effect nam toe door het werken bij regeringsvormen met regeringsakkoorden die alsmaar belangrijker werden. Ook uitbreiding van het overheidstakenpakket in de twintigste-eeuwse verzorgingsstaat en veiligheidsstaat versterkten de rol van de uitvoerende macht bij het sturen van de samenleving, 'bijgestaan' -waar nodig- door de wetgever (Posner & Vermeule, 2009; Passchier, 2020; De Hert, 1999). Deze verknechting van de wetgevende macht aan de uitvoerende macht werd *duas politica* gedoopt bij wijze van contrast met het in de Grondwet ingeschreven '*trias politica*' (Brenninkmeijer, 2012).

In de jaren na 9/11 werd een doorgroei vastgesteld naar een *unitas politica* met een alsmaar machtiger wordende uitvoerende macht die minder en minder gesteld wordt op rechterlijk en ander toezicht. De 'politiek' gaat daarom druk zetten op de onafhankelijke functie van de rechter, de Raad van State als rechter én als wetgevingsadviseur, het Rekenhof (in Nederland: Algemene Rekenkamer) en toezichthouders zoals de ombudsman en autoriteiten gegevensbescherming[46]. Als mensenrechten of Europese uitgangspunten het politieke bestuur in de weg zitten, vervolgt een auteur die zich baseert op zijn ervaring als ombudsman, "klinkt steeds vaker de roep om die mensenrechten en uitgangspunten ongedaan te maken, of om de grenzen op te zoeken en maar af te wachten tot een Europese rechter de grens herstelt" (Brenninkmeijer, 2012).

De rol van digitalisering en de introductie van algoritmes in het overheidsbestuur moet hier ook aan de orde worden gesteld. In het bijzonder Reijer Passchier toont aan op hoe de uitvoerende macht door digitalisering en de hulp van IT-firma's of bedrijven de overhand heeft gekregen op de wetgevende en rechtsprekende macht (Passchier, 2020; Februari, 2021b). Op zich is de inzet van IT niet (altijd) problematisch. Een belastingdienst vandaag zou zonder niet kunnen functioneren, maar door datagaring en ontginning is een enorme kennissprong gemaakt die wel staat voor reële machtstoename. Deze grote hoop kennis is bovendien moelijker te controleren door parlement en rechter die niet altijd correct of volledig worden geïnformeerd of uitleg krijgen over de gebruikte koppelingen en algoritmisch gesteunde besluiten.
Deze ontwikkelingen, schrijft Passchier, veranderen het wezen van de overheid. Deze *vernetwerkt*, wordt machtiger en gaat ook verbonden sluiten met IT-bedrijven en andere private partijen waardoor de machtsbalans binnen de *trias politica* verder verstoord wordt en het constitutioneel systeem niet langer een overzichtelijk, afgebakend, hiërarchisch systeem vormt met de wetgever aan de top (Passchier, 2020)[47].

Passchier geeft meerdere, *artificial intelligence*-gerelateerde voorbeelden van vernetwerking en machtsverruiming van de overheid in de sfeer van de politie,[48] maar we kunnen zijn voorbeelden gemakkelijk aanvullen met wat mindere complexe voorbeelden. Denken we maar aan de inzet van CCTV, nummerplaat-detectie, *body-worn* camera's, *in-car* camera's en *drones* en ook aan de eenvoudige boordcomputer

46 "De politiek gaat zich meer met benoemingen bemoeien, rechterlijke uitspraken worden steeds vaker politiek op de korrel genomen, de wetgevingsadviezen van de Raad van State worden in de wind geslagen, de Algemene Rekenkamer merkt verflauwde aandacht en Verantwoordingsdag laat weinig echte verantwoording zien" (Brenninkmeijer, 2012).

47 Februari, die aan de slag gaat met de geschriften van Mireille Hildebrandt, wijst in aanvulling op Passchier op de verdere erosie van het concept 'recht' dat niet alleen wordt ondergraven door professionals die niet meer kritisch nadenken (*cover your ass dimensie 1*), maar tevens 'verstolt' door automatische beslissystemen waardoor alleen ja/nee beslissingen volgen en reflectieve oordelen via software onmogelijk worden gemaakt (Februari, 2021a en 2021b). Software dat recht vervangt en software gebruikende overheidsambtenaren die zich verstoppen achter machinebeslissingen (*cover your ass dimensie 2*).

48 Het inmiddels beruchte Systeem Risico Indicatie (SyRI) waarin talloze uitvoeringsinstanties gegevens uitwisselen voor risicoanalyses met betrekking to sociale fraude; de Infobox voor Crimineel en Onverklaarbaar Vermogen (iCOV), zijndeeen datagedreven samenwerkings- verband tussen onder meer het Ministerie van Justitie, de opsporingsdiensten van de Inspectie Leefomgeving en Transport, de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit en de Inspectie SZW, de Financial Intelligence Unit, de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Consument en Markt dat beoogt bij te dragen aan de bestrijding van witwassing en belastingontduiking en ook de zogenaamde 'basisregistraties', zijnde databanken met juridisch bindende feiten over een groeiend aantal objecten van overheidssturing (burgers, auto's, panden, straten, enz.). Deze feiten worden als basisgegevens in meer en meer overheidsapplicaties ingelezen en daarmee door een toenemend aantal publieke instanties gebruikt'

in de politiewagen, *google search* en *smartphones*.[49] Al deze *features* maken de politie sterker bij het inwinnen en vergaren van gegevens en het maakt de politie ook minder afhankelijk van centraal gecontroleerde kennis en laat hen toe zelf knopen door te hakken (Brayne, 2017)[50].

Illustratief voor de groeiende discretie van politie door techologie is dat *human rights friendly* cities zoals Gent hun camerasystemen tijdens de crisis intenser zijn gaan gebruiken (Deliens, 2021) en dat de Antwerpse politie haar camera's in de Joodse wijk -geplaatst om bomaanslagen *tegen* Joden te vermijden- nu ook inzet om corona-inbreuken *door* Joden vast te stellen[51].

10. *Cover your ass*-wetgeving (besmettingshaard 4)

Het in het voorgaande beschreven fenomeen van versterking van de uitvoerende macht ontglipt, zoals gezegd, grotendeels aan de normale staatsrechtelijke waarborgen geboden door het systeem van scheiding en evenwichten tussen de staatsmachten. De regel dat grondrechtenbeperkingen een wettelijke basis behoeven geeft het parlement een eenmalige stem in de opbouw van het overheidsapparaat, maar dingen zoals persmededelingen, groeiende omvang, financiële slagkracht, regelgevende bevoegdheden (los van het parlement) en discretionair handelingsvermogen van besturen blijven te veel buiten de radar van de rechtsstaat. Deze weet raad met het bespreken en stemmen van een wet op een versoepelde huiszoeking. Het controleren van *rücksichtslos* gebruik van zo'n bevoegdheden bijvoorbeeld in een crisisperiode ligt qua efficiënte parlementaire controle moeilijker.

De vorige crisis, die van de aanslagen in Parijs (13 november 2015) en in Brussel (22 maart 2016), allebei gelieerd aan België, leerde dat al. Een in vijf talen gepubliceerd internationaal persbericht *'België: Reactie op Aanslagen Leidt tot Bezorgdheid over Rechten. Te ruime wetten en Hardhandig Politieoptreden Ondermijnen Terrorismebestrijding'* (Human Rights Watch, 2016a), vergezeld met een uitgebreid rapport van 56 pagina's (Human Rights Watch, 2016b) deed nauwelijks stof opwaaien in ons land. Nochtans legt het

49 Een mooi voorbeeld van die vernetwerking mèt samenwerking van private partijen is recent uitgeprobeerd door de Belgische politie. Aan de hand van datarapporten ter beschikking gesteld door telecomoperatoren zoals Proximus kon de politie een mooi beeld vormen van waar hoeveel mensen zich bevonden. Die datarapporten werden onmiddellijk gegenereerd door deze operatoren op basis van het telefoonverkeer en de locatie van hun klanten, in ***real time*** geanonimiseerd doorgestuurd naar de politie die dan maar een patrouille moest sturen om de 'anonieme' mensen uit het Zoniënwoud of andere locaties te plukken en te identificeren. De juridische argumenten van de betrokkenen ter rechtvaardiging van deze surveillance praktijk zijn dubieus en de machtsvergroting van de overheid evident: zij haalt uit deze anonieme data wel degelijk kennis. ***Drones*** hadden het zaakje niet beter kunnen doen (Van Brakel & De Hert, 2020). Een ander voorbeeld van ongecontroleerde machtstoename werd aangeleverd door VRT-journalist Tim Verheyden. Deze kon filmen in de CCTV-controlekamer van de Brusselse politie. Wat te zien is tart alle verbeelding (Verheyden, 2021). Camera's die tot 30x kunnen inzoomen waardoor kilometers verre plekken en personen haarfijn in beeld worden gebracht (***hoe licht je die mensen in? Met welk bordje?***), uiterst wendbare camera's die binnen kunnen zien in appartementen en namen op postbussen kunnen lezen ***(schending van rechten i.v.m. woning en correspondentie***), camera's die ***getagt*** kunnen worden (bijvoorbeeld een oranje rugzak) waardoor een persoon met zo'n ***getagde*** rugzak automatisch wordt gevolgd door alle camera's waar hij of zij onderdoor wandelt (***facial recognition is niet meer nodig***) en tenslotte camera's in straten zonder veiligheidsargument maar die door de politieman in kwestie toch op een of andere manier nuttig werd geacht 'omdat de straat leidt naar een metrostation' (***proportionaliteit?***). De 'nuttige' uitrol van camera's overal in de publieke ruimte toont aan dat het mensenrechtelijke denken over camera's in termen van subsidiariteit, proportionaliteit, transparantie en gecontroleerde plaatsen vervat in de camerawet van 2007 in de praktijk helemaal verlaten is door een ***Du sollst, denn du kannst-*** politiebeleid op het terrein.

50 Interessant is de literatuur die wijst op nog een *cover your ass* ontwikkeling: de individuele politieman kan via technologieën en met deze kennis discretionaire beslissingen optuigen met min of meer plausibele argumenten (Fussey et al., 2021; Sandhu & Fussey, 2021).

51 De *de facto* verknechting van de betrokken toezichthouder, het Controleorgaan op de politionele informatie (COC), blijkt uit hun persmededeling dat de wetgeving niet is geschonden (Schuermans, 2021). De wet is inderdaad ruim genoeg (zie verder), maar daarmee is de vraag naar proportionaliteit, subsidiariteit en noodzaak niet gesteld en deze vraag had gesteld *moeten* worden door een toezichthouder de naam waardig, temeer daar het uitdrukkelijk in Europese politiewetgeving staat ingeschreven en volgt uit de internationale en Europese mensenrechtenteksten (Visser, Sajfert & Van Brakel, 2021). Mensenrechtenbeperkingen = gedetailleerde wetgeving *en* noodzakelijkheid in een democratische samenleving.

rapport de vinger op een groot aantal problematische praktijken van onze politie en overheden: het grootschalig plaatsen van aan terrorisme gerelateerde gedetineerden in langdurige eenzame opsluiting, het schorsen van paspoorten, het controleren van mailverkeer van terrorismeverdachten zonder gerechtelijke toestemming, abusief politiegeweld tijdens invallen en aanhoudingen in het kader van de terrorismebestrijding, enz.

Het rapport hekelt niet zozeer de bevoegdheden op zich, wel de omvang en intensiteit. Het laat 26 brutaal behandelde personen (met vreemde origine) aan het woord en focust op individuele gevallen van langdurige eenzame opsluiting. De schrijvers van het rapport gaan op zoek naar cijfers, maar krijgt die niet van de Belgische overheid (Human Rights Watch, 2016a).[52] Controle door de publieke opinie, laat staan door het parlement of toezichthouders, is bijgevolg niet mogelijk.

Een nieuw te ontwikkelen waarborg in de politiewetgeving schuilt m.i. in het louter tellen van de uitoefening van politiebevoegdheden naar het model van de *stop and search statistics* jaarlijks verzameld door de Britse overheid (Meerschaut & De Hert, 2007).[53] Passchier doet meerdere andere voorstellen om de toezichtrol van parlement en rechter te verstevigen en ervoor te zorgen dat er genoeg deskundigheid in die huizen is om die slimmer wordende overheid te controleren (Passchier, 2020).

Ik wil bij Passchiers' overwegend hoopvol verhaal over de herwaardering van de rechtsstaat evenwel een *b-mol* plaatsen, in het bijzonder over de rol van het parlement. Het zojuist genoemde persbericht van Human Rights Watch spreekt niet alleen over problematische handelingen van politie, maar ook over problematische wetgeving, zijnde *te ruime wetten* (Human Rights Watch, 2016a). Daar zijn er in ons land inderdaad zoveel van[54], dat de vraag rijst of het parlement überhaupt wel in staat is om gedetailleerde, voorzienbare wetten te schrijven.

Wellicht is het geen kwestie van *niet kunnen*, maar eerder van *niet willen.* Het aan banden leggen van het parlement (cf. '*duas politica*') heeft inderdaad gezorgd voor een resem wetten waarin alle rechtstatelijke angels werden verwijderd en op bijna vulgaire wijze doelgroepen zoals politie genereus bediend worden. De politie is met andere woorden altijd gedekt door deze wetgeving. Human Rights Watch nam in zijn 2016 rapport 30 nieuwe of voorgestelde wetten en besluiten onder de loep en besluit met een oproep aan de Belgische overheid om deze veel te ruim geschreven terrorismewetten te evalueren en amenderen om te vermijden dat ze de fundamentele rechten uithollen.

Uit die periode dateert ook de nieuwe camerawetgeving (2017). Alles in deze wet ademt banalisering van cameratoezicht uit. Politiecamerasystemen werden overgeheveld naar de Wet Politieambt. Zowat alles kan en meerdere problemen met de rechten van de gefilmden worden onopgelost gelaten (De Schepper & De Hert, 2020). Voor alle politiebevoegdheden is camerabewaking mogelijk, zegt de nieuwe wet, die zwijgt over het toetsen door overheden en politiediensten aan proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid. Nergens wordt de link gemaakt naar politieke controle en burgeroverleg en evenmin wordt gewezen

52 "In het jaar na de aanslagen in Parijs heeft de Belgische politie in het kader van de terrorismebestrijding honderden huiszoekingen verricht, aldus het Openbaar Ministerie, dat geen exacte cijfers kon meedelen. Evenmin kon de Belgische overheid zeggen hoeveel klachten er zijn ingediend met betrekking tot geweld en ander wangedrag tijdens terrorismebestrijdingsacties. Sinds de aanslag op het Joods Museum in Brussel, in mei 2014, zijn in België 43 verdachten veroordeeld en 72 anderen in beschuldiging gesteld wegens aan terrorisme gerelateerde delicten, aldus het Ministerie van Justitie tegenover Human Rights Watch. Verder wou het Ministerie geen gegevens kwijt omtrent de aanklachten en veroordelingen na de aanslagen in Parijs" (Human Rights Watch, 2016a).

53 https://www.ethnicity-facts-figures.service.gov.uk/crime-justice-and-the-law/policing/stop-and-search/latest. In België is alvast Mechelen aan het werk gegaan met een dergelijk registratiesysteem (Delepeleire, 2020).

54 Reeds eerder maakte ik een opmerking over *cover your ass*-wetgeving (bijvoorbeeld, de wet op de gemeentelijke administratieve sancties).

op de plicht in de Europese privacywetgeving om te werken aan *privacy by design* en *impact assessments*. Het herschrijven van deze belangrijke wet aan de hand van het geactualiseerd grondrechtenkader spreekt voor zich[55]. De vaststelling dringt zich evenwel op dat niemand voor zo'n *exercise* vraagt. Dat verklaart ook mijn hoger uitgesproken twijfel over het nut van een *grand exercise* om te werken aan een publiekrechtelijk noodkader. Zelfbelang gaat dat tegenhouden.

Benjamin Constant zetelde tussen 1800 en 1830 (datum van zijn dood) meerdere malen als verkozen parlementslid. Zowel onder Lodewijk XVIII, maar vooral na 1824 onder diens jongere broer Karel X, moest hij wet na wet slikken die knaagde aan de democratische en politieke vrijheden. Onderdrukking, zo had hij moeten inzien, behoeft geen noodtoestand of officiële usurpatie. Een goede mix van politieke druk op burgers, rechters en politiek gekoppeld aan een terughoudendheid van Europese hoven en rechtbanken laat een beleid van grote machtsontplooiing toe gesteund op faciliterende wetgeving. Natuurlijk is er verbloeming en zijn er retorische technieken zat. Terughoudendheid van Europese rechters heet dan 'subsidiariteit'. Machtsmisbruik heet 'geïsoleerd incident', maar 'cijfers kunnen we helaas niet geven'. Rechtstatelijke referentietermen zoals grondrechten, proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid worden weg-geargumenteerd met 'een grondrecht op veiligheid' (De Hert, 2002), met vreemd klinkende politieke beginselen zoals wederzijdse erkenning, nodaliteit of ketenverbondenheid, beschikbaarheid, administratieve vereenvoudiging en convergentie (De Hert, 2009).

In haar rechtsvergelijkende studie over nationale surveillancewetten wijst Maria Helen Murphy op meerdere rechtstatelijke problemen in deze wetten (Murphy, 2019). De wetgevers, merkt ze nuchter op, zijn in feite politiek geketende actoren ('*Legislators are, of course, politicians with party loyalties*') die het ideaal van gedetailleerde controleerbare wetgeving soms onderuithalen door er ambiguïteiten in te steken (p74 '*intentional ambiguities*') om machtstoename van overheden mogelijk te maken. In het bijzonder wanneer de rol van overheden niet precies omschreven worden is er sprake van minimalisme en parlementaire abdicatie (p78 '*legislative abdication*'). De rechtstatelijke eis om gedetailleerde en voorzienbare wetten te stemmen wordt tegengewerkt met een beroep op het beginsel dat wetgeving technologieneutraal moet zijn.[56]

Murphy identificeert nog meer *common tactics used in the expansion of surveillance*, maar ik denk dat mijn punt duidelijk is. Westerse landen zoals België hebben 'normale' bevoegdheden gebruikt, met bewust rechtstatelijk-minimalistische wetgeving, om alle mogelijke vormen van crisissen en uitzonderlijke gebeurtenissen aan te pakken.

De nood aan een publiekrechtelijk kader dat uitzonderlijke bevoegdheden toekent aan de uitvoerende macht verliest daardoor aan aantrekkingskracht bij deze macht. Deze is absoluut niet geïnteresseerd in een rechtstatelijke oefening omwille van de rechtstaat. Het momentum is er bijgevolg niet om de grote erfenis van 1830 even kwaliteitsvol te vervolledigen en te actualiseren. Die trieste vaststelling verklaart het ruimere appel op rechtsstatelijkheid en moedig leiderschap in deze bijdrage aan professionals met

55 Zie hoger, 'De onvolledige vrijheidsagenda in onze Grondwet en nieuwe 'discrete' waarborgen'

56 Een mooi voorbeeld van dat laatste bij ons is de reeds genoemde camerawetgeving van 2017 die heel de tijd spreekt over 'camera's' terwijl het afwisselend kan gaan over dashcams, bodycams, drones, CCTV, ANPR camera's of facial intelligence (De Hert, 2019). Op die wijze is er in het parlement een wet doorgejaagd zonder een noemenswaardig debat over drones of bodycams, waardoor het controleorgaan van de politie bergen werk gekregen heeft om chaotisch gebruik van deze technieken enigszins aan regels te onderwerpen. Men moet zich een wapenwetgeving inbeelden die op geen enkele wijzer een onderscheid maakt tussen revolvers, jachtgeweren en mitrailleurs. Zo'n wetgeving kan probleemloos wanneer het over privacy gaat.

verantwoordelijkheid. Elke individuele toezichthouder, elke rechter of politieofficier, schooldirecteur, werkgever of persoon met een vrij beroep die crisissen aanpakt met kritisch denken en discretie (oordeelsvermogen en terughoudendheid) en daarbij weerstaat aan politieke en groepsdruk kan ten dele het gebrek aan deugdzaamheid van onze abdicerende toezichthouders en *politicians with party loyalties* remediëren.

11. Post Scriptum: de nieuwe pandemiewet

Onder politieke druk is de wet van 14 augustus 2021 betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie aangenomen[57]. De nieuwe wet kwam te laat om in de analyse te betrekken, maar voegt ook niet zoveel toe aan de analyse. Het blijft een product van besmettingshaarden en is zeker niet van aard om die besmetting te stoppen. Wel is er parlementair denkwerk verricht, mede onder druk van organisaties zoals de Liga voor de Rechten van de Mens, en de wet bevat een aantal sterktepunten, zeker in vergelijking met de situatie zoals we die nu kennen.

De wet definieert 'epidemische noodsituatie' en zet de regering centraal in plaats van de minister van Binnenlandse Zaken: de Koning krijgt de bevoegdheid om een epidemische noodsituatie af te kondigen en maatregelen van bestuurlijke politie te nemen.[58] De afkondiging wordt in de tijd beperkt, verlengbaar mits risicoanalyse en moet steeds aan het parlement voorgelegd worden dat bekrachtigd binnen de 15 dagen. De maatregelen van bestuurlijke politie mogelijk gemaakt door deze pandemiewet moeten altijd 'strikt noodzakelijk zijn, in de tijd beperkt en in verhouding met de beoogde doelstelling', in het bijzonder wat betreft de bescherming van de volksgezondheid en het recht op leven. De maatregelen gelden voor maximum 3 maanden, zijn verlengbaar en worden in de wet redelijk in detail beschreven. De wet voorziet tenslotte in een wettelijke grond voor het bestraffen van misdrijven tegen deze pandemiemaatregelen.

Het zou me een tweede adem vragen om heel diep in te gaan op deze wettekst. De Grondwet wordt niet aangepast en deze wet regelt slechts één vorm van crisis. Een aantal inhoudelijke mensenrechtelijke toetsingscriteria zijn in de wet opgenomen en oorspronkelijke plannen om massale gegevensverzameling mogelijk te maken hebben de tekst niet gehaald na bezwaren van de Belgische toezichthouder inzake gegevensbescherming. De Liga heeft een mooie eerste analyse gemaakt van de tekst. Daarbij wordt terecht gewezen op de erg beperkte rol van het parlement die verder had moeten gaan dan bekrachtiging van Koninklijke Besluiten, de vaagheid over de keuze van experts en het risico van de zogenaamde 'permanente tijdelijkheid' van de maatregelen, aangezien de maximale geldigheidsduur van drie maanden steeds verlengd kan worden en er geen totale maximumduur is voorzien.[59] Over propaganda, drang, *nudging* en het aanmoedigen van private censuur niets. Over de rol van de rechterlijke macht niets (dus wie controleert een overheid die bij de minste griep de wet gebruikt?). Over integratie van inzichten van het moderne crisismanagement met de nadruk op het cyclisch karakter van dit management waarbij nieuwe inzichten onmiddellijk worden gebruikt om de noodzaak van maatregelen te herevalueren niets. Over het gebruik van big data en het politiëren en centraliseren van de datastromen niets.

57 *B.S.*, 20 augustus 2021, p. 90047

58 In hoogdringende situaties kan de minister van Binnenlandse Zaken die bevoegdheden uitoefenen. Wanneer de lokale omstandigheden het vereisen, kunnen de gouverneurs en burgemeesters strengere maatregelen nemen.

59 Zie https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/open-brief-hoog-tijd-om-te-werken-aan-een-goede-pandemiewet en https://mensenrechten.be/pagina/nota-voorontwerp-pandemiewet

12. Besluit

De Belgische Grondwet voorziet niet in een publiekrechtelijke uitzonderingstoestand. De Belgische wetgever en overheid lost zijn problemen fluitend op door het ruim gebruik van normale bevoegdheden en door improvisatiewetgeving zoals deze van 2007 op de civiele veiligheid. Onder politieke druk is recent de wet van 14 augustus 2021 *betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie* aangenomen. Op deze wet werd in een kort *post scriptum* teruggekomen, maar de wet is niet van aard om een rechtsstatelijk systeem te herstellen van een decennia oud gebruik om *niet* na te denken over een juridisch volwassen omgaan met de uitzonderingstoestand als die zich aandient. Niet alleen in België, maar ook in andere landen zoals Nederland gaat bij terroristische crisissen en gezondheids-crisissen de voorkeur uit naar het aansturen van beleid via de normale wetgevende en beleidsmatige kanalen. Grootschalige operaties die niet alleen verdachten (bij terrorisme) of geïnfecteerden (bij griepen) treffen worden dan even de regel. Handig daarbij is dat de grondwetten en de rechtstatelijke waarborgen zwijgen over stuurbare mechanismen zoals angst, groepsdruk en techniek-hypnose. Inzet van deze mechanismen door de overheid leidde alvast in de voorbije crisissen tot het doordrukken van grootschalige operaties zonder al te veel openlijke tegenstand.

De gevolgen zijn niet fraai. Het gebruik van onze Grondwet is door deze omgang met crisissen besmet geraakt. Het Westers omgaan met de 'uitzonderingstoestand' baadt in de ontkenning van het uitzonderlijke bij het doordrukken van hoogst uitzonderlijke, intrusieve maatregelen.

Een gebalanceerd regime voor noodtoestanden aangevuld met een aantal nieuwe grondrechten en waarborgen in te schrijven in de Grondwet, gecombineerd met aanbevelingen voor individuele actoren met verantwoordelijkheid (overheidsambtenaren, vrije beroepen, schooldirecties, werkgevers) wordt voorgesteld bij wijze van alternatief traject om toch een minimum aan rechtsstatelijkheid te behouden bij crisissituaties.

De genoemde grondwettelijke besmettingshaarden maken evenwel dat zo'n hervorming vandaag het risico loopt om uit te draaien in een verminderde rechtsstatelijkheid met nog meer verzwakking van de Grondwet. De vaststelling die moet gemaakt worden is dat 'de politiek' (uitvoerende macht) geen vragende partij is voor zo'n *grand exercise*. Door een veelheid aan factoren, met recent de introductie van digitalisering en het gebruik van 'slimme' technologieën, heeft deze macht een quasi vrij spel afgedwongen voor haar ambtenaren, waaronder de politie. De nood aan een publiekrechtelijk kader rond de noodtoestand verliest daardoor aan aantrekkingskracht bij deze macht die absoluut niet geïnteresseerd blijkt in zo'n kader en elke rechtstatelijke oefening louter omwille van de rechtstaat.

In deze bijdrage is deze oefening wel ernstig genomen. Het heeft me gebracht bij wat traditionele rechtstatelijke eisen die belangrijk blijven (ingebouwde tijdelijkheid; *in itinere* review en *ex posteriori* review; doelgebondenheid en voorzienbaarheid), maar ook bij individuele verantwoordelijkheden, beroepsverantwoordelijkheid bij vrije beroepen en schooldirecties, discretie in zijn dubbele betekenis van oordeelsvermogen en terughoudenheid en alarmbellen bij het vrij gebruik door de overheid van bedreigingen, nudging en andere listen.

Zonder deze eisen die neerkomen op een volwassen omgaan met macht kan met Constant en in de geest van de Belgische Grondwet volgehouden worden dat noodwetten helemaal niet wenselijk zijn. De laatste crisis heeft ons ook geleerd dat we door digitalisering en door crisissen zoals na 9/11 te ruime

wetgeving hebben gestemd en te veel macht hebben doorgeschoven naar de overheid en politie. Ook die processen behoeven verdere aandacht door wetgevende correctie en moedig leiderschap van ambtenaren in verantwoordelijke posities. Uitzonderlijke machten moeten voorbehouden blijven voor uitzonderlijke omstandigheden.

Bibliografie

Arendt H. (2006), *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Londen: Penguin Books 2006 (oorspr. 1963)

Battacharya J. (2021), 'I stand by the Great Barrington Declaration', Interview door Freddie Sayers, 24 augustus 2021, https://unherd.com/thepost/prof-jay-battacharya-i-stand-by-the-great-barrington-declaration/

BBC (2021), 'Covid: Spain's top court rules lockdown unconstitutional', 15 juli 2021, https://www.bbc.com/news/world-europe-57838615

Beeckman, T. (2017), 'Terreur vraagt een grote inzet tegen verdeeldheid', *De Tijd,* 18 maaart 2017.

Berkmoes H. (2011), '(De grote) drie op een rij: na het Hof van Cassatie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens Antigoont nu ook het Grondwettelijk Hof', *Nullum Crimen,* 368-371.

Berkmoes H. (2013), 'De 'sanctie' op de niet-naleving van de voorwaarden waaronder de opdrachten van de politiediensten vervuld worden: straf(proces)rechtelijke, tuchtrechtelijke en burgerrechtelijke aspecten', *Vigiles*, 2013/5-2014/1, 74-89

Blomsma J. & Roef D. (2019), 'Justifications and Excuses' in J. Keiler en D. Roef (eds.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Oxford, Intersentia, 207-252.

Bregman R. (2019), *De meeste mensen deugen, een nieuwe geschiedenis van de mens*, Uitg. De Correspondent, 528p.

Brenninkmeijer A. (2012), 'Unitas Politica', *NJB* 2012/176, afl. 3, 192-193.

Brunet J.-M. (2021), 'La restriccion de derechos fue de altisima intensidad', *EL Pais*, 16 juli 2021, 14

De Braeckeleer G., Mys L., Van Aelst K., Vande Velde-Van Rumst P, Goossens J. & Devriendt S. (2017), 'Nood aan noodtoestand in België?›, *BelConLawBlog*, 27 februari 2017.

De Hert P. (1998), 'Over verdachte Nederlanders en gewapende softdruggebruikers' noot bij Corr. Antwerpen, 12 mei 1998, *Vigiles. Tijdschrift voor politierecht*, vol. 4, nr. 4, 37-44

De Hert P. (1999), 'De Belgische maximale veiligheidsstaat. Kiezen tussen sociale ondersteuning en sociale controle', *Orde van de dag*, afl. 8, 7-14.

De Hert P. & Koops E.-J. (2001), 'Privacy is nog steeds een grondrecht. Pleidooi voor de uitsluiting van onrechtmatig bewijs', *Ars Aequi*, december, (vol. 50), 972-975

De Hert P. (2002), 'Een grondrecht op veiligheid: waarom en met welk doel? Juridische duiding bij een maatschappelijk debat', in Rimanque K. (ed.), *Het recht op veiligheid*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 39-75

De Hert P. & Gutwirth S. (2005), 'Over de betekenis van strafprocedurele grondrechten in het post-Khan tijdperk' in A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (eds), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 213-232.

De Hert P. (2005), 'Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical

reading of the Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11', *Utrecht Law Review*, vol. 1/1, 68-96.

De Hert P. (2005b), 'Privatisering, decodificatie, instrumentalisering en wurging van de strafrechtelijke 'void for vagueness'-doctrine door de wet gemeentelijke administratieve sancties' in M. Santens (ed.), *Gewapend bestuur? Gemeentelijk bestuur(srecht) en gemeentelijke administratieve sancties ter bestrijding van overlastfenomenen en kleine* criminaliteit, Brugge, Die Keure, 67-88.

De Hert P. & Gutwirth S. (2007), 'Politie-accountability tussen crime control en due process', in Christiaens J., Enhus E., Nuytiens A., Snacken S. & Van Calster P. (eds.), *Criminologie: tussen kritiek en realisme. Liber Amicorum Christian Eliaerts*, Brussel, Vubpress, 103-126

De Hert P. (2007), 'Politie en mensenrechten: meer ethiek a.u.b., want te weinig recht' in Fijnaut C., Muller E., Rosenthal U. & Van der Torre E. (eds.), *Politie. Studies over haar werking en organisatie*, Deventer, Kluwer, 608 e.v.

De Hert P. (2009), 'De Belgische politie- en veiligheidsagenda voor Europa is gematigd en realistisch, maar komt tot stand in een politiek niet transparant kader', *Panopticon Tijdschrift voor strafrecht, criminologie en forensisch welzijnswerk*, vol. 30/6, 79-91

De Hert P. &. Meerschaut K. (2010), 'De nieuwe lokale punitiviteitmechanismen: de gemeentelijke administratieve boetes op ordeverstoringen en overlast', in I. Aertsen, K. Beyens, T. Daems, E. Maes (eds.), *Hoe punitief is België?*, Antwerpen: Maklu, 133-150

De Hert P. Decaigny T. & Weis K. (2010), 'Folteren bijna goedgepraat? Niet elke schending artikel 3 EVRM leidt tot bewijsuitsluiting', *De juristenkrant* 23 juni 2010, 12.

De Hert P. & Pyl G. (2014), 'De wet op het politieambt en de grondrechtelijke legaliteitseis. Is er sprake van veroudering, onvolledigheid of onnauwkeurigheid?, *Vigiles. Tijdschrift voor politierecht*, vol. 20/5, 58-74

De Hert P. (2015), 'Denk na over het invoeren van de noodtoestand", interview door Kevin Calluy, Belga in "De wereld vandaag" op Radio 1, 19 november 2015, https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2015/11/19/_denk_na_over_hetinvoerenvandenoodtoestand-1-2500967

De Hert P., Kinneging A. & Colette, M. (eds.) (2015), *Benjamin Constant. Ontdekker van de moderne vrijheid*, Antwerp: Pelckmans, 240p

De Hert P. (2017), 'Courts, 'Privacy and Data protection in Belgium: Fundamental rights that might as well be struck from the Constitution', in Brkan M. & Psychogiopoulou E. (eds.), *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment***,** Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2017, 63-81 Zie ook meer uitgebreid: De Hert P., 'Belgium, Courts, Privacy and Data Protection. An inventory of Belgian case law from the pre-GDPR regime (1995-2015)', *Brussels Privacy Hub Working Paper*, vol. 5/15, https://brusselsprivacyhub.eu/publications/wp515.html

De Hert P. (2019), 'De privacywetgeving bij Zaventemse gezichtsherkenning. Zijn intelligente camera's wel camera's', *Tijdschrift Privacy Persoonsgegevens (TPP)*, nr. 3, 37-41

Delepeleire Y. (2020), 'Feit: de blanke doorsneeburger wordt veel minder gecontroleerd', *De Standaard*, 10 juni 2020, https://www.standaard.be/cnt/dmf20200609_04986614

Deliens, R. (2021), *Hoe gebruikt de overheid big data in de strijd tegen Covid-19?*, Master thesis Vrije Universiteit Brussel, academiejaar 2020-2021, 89p.

De Morgen (2020), 'Willebroek trekt strengere avondklok weer in na kritiek wegens strijdigheid met grondwet', *De Morgen,* 18 november 2020

De Schepper T. & De Hert P. (2020), 'Versoepeling Camerawet grondwettelijk getoetst. De doelgroepen kunnen rustig werken, terwijl camera's draaien, rijden, vliegen en gelinkt worden met politiedatabanken', *NjW*, afl. 428, 658-671.

Desmet M. (2020), 'De angst voor het coronavirus is gevaarlijker dan het virus zelf', *VRT,* 25 maart 2020, https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/03/25/angst-voor-het-virus/

Desmet M. (2021), 'Interview met Mattias Desmet, professor klinische psychologie' door Wim De Smet, *Weekblad 't Pallieterke*, 28 februari 2021, https://palnws.be/2021/02/interview-met-mattias-desmet-professor-klinische-psychologie/

De Smet B. (2013), 'Antigoon-criteria eindelijk wettelijk verankerd, *Rechtskundig Weekblad*, nr. 14, 762-770

Ellul J. (1964), *The Technological Society*, Random House, 512p. (oorspr. 1954, La Technique ou l'Enjeu du siècle)

Ellul J. (1973), *Propaganda: The Formation of Men's Attitudes*, Vintage, 352p. (oorspr. 1962 Propagandes)

Ellul J. (1980), 'The Ethics of Nonpower', hoofdstuk 42 in Kranzberg M. (ed.), *Ethics in an Age of Pervasive Technology*, Routledge, 1980, 204-212.

Jonas H. (2011), *Het principe verantwoordelijkheid. Een onderzoek naar een ethiek voor de technologische civilisatie*, IJzer, 2011, oorspr. 1979

Februari M. (2021a), 'Verzet wordt onmogelijk', 11 maart 2021, https://zwijgenisgeenoptie.be/maxim-februari/

Februari, M. (2021b), 'De macht ligt allang niet meer bij het parlement', *NRC*, 19 januari 2021, 3p., https://www.nrc.nl/nieuws/2021/01/19/de-macht-ligt-allang-niet-meer-bij-het-parlement-a4028056

Garsten, B. (2010), 'Religion and the Case Against Ancient Liberty: Benjamin Constant's Other Lectures', *Political Theory* afl. 1, 4-33.

Gezondheidsraad (2021), *Ethische en juridische. Afwegingen COVID-19-vaccinatie*, Advies aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Nr. 2021/03, Den Haag, 4 februari 2021, 37p., vaccinatiehttps://www.gezondheidsraad.nl ›

Goossens F. (1995), *Het onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: begrip en gevolgen* in *Advocatenpraktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 85p.

Goossens F. (2010), 'Gevraagd: duidelijkheid voor de politie. Vijf samenhangende stellingen over de legaliteit van politioneel optreden en het bewaren ervan vanuit de Antigoonrechtspraak' in F. Deruyck, M. De Swaef, J. Rozie, M. Rozie, P. Traest & R. Verstraeten (ed.), *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 155-164

Greene A. (2021), 'Falling at the First Hurdle? Terheş v Romania: Lockdowns and Normalising the Exception›, *Strasbourg Observers*, 18 juni 2021, https://strasbourgobservers.com/2021/06/18/falling-at-the-first-hurdle-terhes-v-romania-lockdowns-and-normalising-the-exception/

Gysels, C. (2021), 'Rechtbank neemt Grondwet opnieuw in beschouwing bij beoordeling coronamaatregelen' (Bespreking van Corr. West-Vlaanderen (afd. Kortrijk) 20 mei 2021, *De Juristenkrant* nr 431 (juni 2021) 1-3

Herring, J. (2012), *Great Debates in Criminal Law*, Londen, Palgrave, 201

Hildén J. (2019), *The Politics of Datafication: The influence of lobbyists on the EU's data protection reform and its consequences for the legitimacy of the General Data Protection Regulation*, Publications of the

Faculty of Social Sciences

Human Rights Watch (2016a), 'België: Reactie op Aanslagen Leidt tot Bezorgdheid over Rechten. Te ruime wetten en Hardhandig Politieoptreden Ondermijnen Terrorismebestrijding', 3 november 2016, https://www.hrw.org/nl/news/2016/11/03/295973

Human Rights Watch (2016b), *Reden tot Bezorgdheid. De Belgische Terrorismebestrijdingsmaatregelen na de Aanslagen in Parijs en* Brussel, 2016, 69p., https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/belgium1116dutch_web.pdf

Julicher M. (2021), 'Waar zijn 'de essentialia' in de Grondwet?', *NJB*, afl. 30, 2281

Krabbe M., Klaar R., Lestrade S. & Timmerman, M. (2019), 'Substantive Criminal Law' in P. Van Kempen, M. Krabben & S. Brinkhoff (eds.), *The Criminal Justice System of the Netherlands. Organization, Substantive Criminal Law, Criminal Procedure and Sanctions*, Antwerpen, Intersentia

Lavrysen L. (2020), 'Mensenrechten in tijden van corona', *TvMR*, vol. 18/2, 4-10

Liga (2020a), 'We moeten het virus tracken, niet de burgers', 15 mei 2020, https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/we-moeten-het-virus-tracken-niet-de-burgers

Liga (2020b), 'Callcenters en corona-app: kiezen tussen pest of cholera', 1 mei 2020, https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/callcenters-en-corona-app-kiezen-tussen-pest-of-cholera

Liga (2021), 'Hof van Beroep beslist kortgedingrechter niet te volgen', 7 juni 2021, https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/hof-van-beroep-beslist-kortgedingrechter-niet-te-volgen-nood-aan-een-pandem.

Lubach A. (2020), 'Corona-app | Zondag met Lubach', 12 april 2020, https://www.youtube.com/watch?v=S2g0GiCHyJE

Maesschalck, J. (2019), 'Creatief met complementariteiten, contradicties en onhaalbaarheden: Een verkenning van vier wegen naar een betere politiezorg', *Cahiers Politiestudies*, 53(4), 13-30.

Marynissen H. (2021), 'Na trage aanpak watersnood (maar ook pandemie en treinramp in Buizingen) pleiten experts voor Belgische crisiscel', *De Morgen*, 30 juli 2021, 3

McGregor, L., Murray, D. & Ng, V. (2019), 'International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability', *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 86, 309-343

Meerschaut K. & De Hert P. (2007), 'Identiteitscontroles in rechtsvergelijkend perspectief. Moet controle op kleur worden gemeten?', *Orde van de dag*, Themanummer De rol van politie en justitie in de aanpak van discriminatie, december 2007, aflevering 40, 11-20.

Mulder Fr. (2014), 'Jacques Ellul. Murw gebeukt door de machine', *De Groene Amsterdammer*, 26 maart 2014, nr. 13

Murphy M.H. (2019), *Surveillance and the Law Language, Power, and Privacy*, London: Routlegde, 107p.

NJCM Edito (2008), 'Liever een gedegen grondrechtenbescherming dan een 'toegankelijke' grondwet', *NJCM-bulletin*, vol. 33/97, 911-913

Passchier R. (2020), 'Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica', *Ars Aequi*, 2020, 916-927

Pierik R. (2021), 'Een vaccinatiedrang past uitstekend binnen het EVRM-regime', 17 mei 2021, https://m.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id375/17-05-2021/een-vaccinatiedrang-past-uitstekend-binnen-het-evrm-regime.html

Posner E. & Vermeule A. (2009), *The Executive Unbound*, Oxford: Oxford University Press

Rincon R. (2021) 'Jurisprudencia de emergencia contra la pandemia', *EL Pais*, 16 juli 2021, 16

Roure D. (2016), 'Jacques Ellul: éthique de la non-puissance', *Nouvelle revue théologique*, vol. 138/1, 111-115

Rozemond Kl. (2013), '50 jaar Eichmann in Jerusalem: provocatie, vergissing, herziening', *Ars Aequi*, 2013, 119-124

Schuermans F. (lid-raadsheer bij het Controleorgaan) (2021) in 'Antwerpse politie mag bewakingscamera's in Joodse wijk inzetten tegen corona-inbreuken', interview Bové L., *De Tijd*, 30 maart 2021, https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/algemeen/antwerpse-politie-mag-bewakingscamera-s-in-joodse-wijk-inzetten-tegen-corona-inbreuken/10294547.html

Stadermann Fr. (2021), 'Ad Verbrugge in gesprek met Jona Walk, Sam Brokken en Frank Stadermann over de huidige stand zaken omtrent het coronavirus', *De Nieuwe Wereld*, 18 juli 2021, https://www.youtube.com/watch?v=Czc95Z2STK4.

Sottiaux St. (2016), 'De regering flirt met de grenzen van de grondwet', Interview door A.Van Den Broek, *De Morgen*, 23 november 2015,

Sottiaux St. (2020), 'Is de avondklok tussen 24 en 5 uur wel grondwettig? Grondwetspecialist geeft antwoord', Interview L Beernaert, *De Morgen*, 18 oktober 2020

Stronks M., 'Filosoferen over corona #3: De uitzonderingstoestand en Giorgio Agamben', *De Groene* Amsterdammer, 24 april 2020, https://martijnstronks.nl/?p=440

Turner, J. (2014), 'The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law', *SMU L. Rev.*, 2014, vol. 67, 821-840, h9p://digitalrepository.smu.edu/smulr/vol67/iss4/13.

Van Brakel R. & De Hert P. (2020), 'Anoniem maar toch gevaarlijk. Hang naar surveillance roept vragen over privacy op' in Malaika Brengman (ed.), *Post viraal naar een nieuwe normaal*, Brussel, UBPRESS -Academic & Scientific Publishers (A.S.P.), 255-261, https://www.vub.be/denktank-poincare#post-viraal-naar-een-nieuw-normaal

Van De Heyning C. (2021), 'Closing margins in times of crisis' at Conference Human rights in pandemic times political exceptionalism, social vulnerability & restricted freedoms. International & European perspectives, Saint Louis, 6 september 2021

Van den Wyngaert C., Vandromme S. & Traest P. (2017), *Strafrecht en strafprocesreecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu,

Van der Sloot B. (2012), 'Langs lijnen van geleidelijkheid: een jurisprudentieanalyse van artikel 15 EVRM', *NTM/NJCM-Bull.*,208-229.

Van Haegenborgh G. & Verrijdt W. (2016), 'De noodtoestand in het Belgische publiekrecht' in *Preadviezen van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland,* Amsterdam: Boom, 11-85

Van Heuverswyn K., 'Er is geen crisismanagement', Interview door Winny Matheeussen, *Doorbraak*, 2 februari 2021, https://www.carineknapen.info/post/dr-kathleen-van-heuverswyn-er-is-geen-crisismanagement en https://doorbraak.be/een-crisis-die-een-jaar-duurt-is-geen-crisis-maar-een-structureel-probleem/

Venmans P. (2019a), *Discretie. Essay over een vergeten deugd,* Atlas Contact, 2019, 222p.

Venmans P. (2019b), 'Discretie en geheimen maken het leven waardevol', *De Morgen*, 13 maart 2019

Verbergt M. (2020) 'Grondwetsspecialisten eisen Belgische coronawet', *De Standaard*, 2 november 2020.

Verbrugge A. (2021), 'Ad Verbrugge in gesprek met Jona Walk, Sam Brokken en Frank Stadermann over de huidige stand van zaken omtrent het coronavirus', *De Nieuwe Wereld*, 18 juli 2021, https://www.youtube.com/watch?v=Czc95Z2STK4.

Verbruggen Fr. & Conings Ch. (2021) 'After zigzagging between extremes, finally common sense? Will Belgium return to reasonable rules on illegally obtained evidence?', *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 7/1, 273-310, http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/500/331

Verheyden T. (2021), *Privacy & ik*, tweedelige documentairereek ten behoeve van *Panorama*, VRT, 25 maart 2021, https://www.youtube.com/watch?v=ERtLxrU2oXE en https://www.vrt.be/vrtnu/a-z/privacy---ik/#nieuwsbrief

Verstraeten R. (2021), 'De granaataanslag, het beroepsgeheim en Antigoon', noot KI Antw. 25 juni 2020; *Nullum Crimen,* 2021, 59-69

Verstrepen, K. (2020), 'Er is nood aan een mensenrechtenexpert in het nieuwe adviesorgaan rond de coronacrisis', 27 augustus 2020, https://mensenrechten.be/nieuwsberichten/er-is-nood-aan-een-mensenrechtenexpert-in-het-nieuwe-adviesorgaan-rond-de-c

Visser B., Sajfert J. & Van Brakel R., (2021), 'La chronique Carta Academica: Quo vadis, lex camerarum?', *Le Soir*, 17 juli 2021, 17p, https://plus.lesoir.be/384532/article/2021-07-17/la-chronique-carta-academica-quo-vadis-lex-camerarum

Vuye H. & Sottiaux St. (2021), 'Na perikelen in Nederland staat de avondklok ook hier onder druk', interview door J. Van Horenbeek & Y. Verberckmoes *De Morgen*, 17 februari 2021

Walk J. (2021), 'Ad Verbrugge in gesprek met Jona Walk, Sam Brokken en Frank Stadermann over de huidige stand van zaken omtrent het coronavirus', *De Nieuwe Wereld*, 18 juli 2021, https://www.youtube.com/watch?v=Czc95Z2STK4.

The Brussels Privacy Hub Working Papers series

N°1 "The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area" (November 2014) by Paul De Hert and Vagelis Papakonstantinou (35 pages)

N°2 "The new cloud computing ISO/IEC 27018 standard through the lens of the EU legislation on data protection" (November 2014) by Paul de Hert, Vagelis Papakonstantinou, Irene Kamara (25 pages)

N°3 "Towards efficient cooperation between supervisory authorities in the area of data privacy law" (October 2015) by Dariusz Kloza, Antonella Galetta (24 pages)

N°4 "The data protection regime in China" (November 2015) by Paul De Hert and Vagelis Papakonstantinou (30 pages)

N°5 "The right to privacy and personal data protection in Brazil: time for internet privacy rights?" (February 2016) by Vinícius Borges Fortes (23 pages)

N°6 "Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction" (May 2016) by Mistale Taylor (25 pages)

N°7 "Structure and Enforcement of Data Privacy Law in South Korea" (October 2016) by Haksoo Ko, John Leitner, Eunsoo Kim and Jong-Gu Jung (20 pages)

N°8 "The "Right to be Forgotten" and Search Engine Liability" (December 2016) by Hiroshi Miyashita (15 pages)

N°9 "European Human Rights, Criminal Surveillance, and Intelligence Surveillance: Towards "Good Enough" Oversight, Preferably but Not Necessarily by Judges" (March 2017) by Gianclaudio Malgieri and Paul De Hert (25 pages)

N°10 "Does Technology Drive Law? The Dilemma of Technological Exceptionalism in Cyberlaw" (July 2017) by Meg Leta Jones, JD, PhD (31 pages)

N°11 "The Microsoft Ireland case and the cyberspace sovereignty trilemma. Post-territorial technologies and companies question territorial state sovereignty and regulatory state monopolies" (July 2018) by Paul De Hert and Johannes Thumfart (27 pages)

N°12 "Understanding the balancing act behind the legitimate interest of the controller ground: a pragmatic approach" (August 2018) by Irene Kamara and Paul De Hert (35 pages)

N°13 "Big data analytics by telecommunications operators and the draft ePrivacy Regulation" (September 2018) by Vagelis Papakonstantinou and Paul de Hert (13 pages)

N°14 "Enforcement in Indonesia Data Privacy Laws: The 2018 Facebook-Cambridge Analytica scandal as a case study" (October 2018) by Anbar Jayadi (21 pages)

N°15 "Belgium, Courts, Privacy and Data Protection. An inventory of Belgian case law from the pre-GDPR regime (1995-2015)." (January 2019) by Paul De Hert (34 pages)

N°16 Big data analytics in electronic communications: A reality in need of granular regulation (even if this includes an *interim* period of no regulation at all) (June 2019) by Vagelis Papakonstantinou and Paul de Hert (25 pages)

N°17 Data Localisation: Deconstructing myths and suggesting a workable model for the future. The cases of China and the EU (September 2019) by Author: Yanqing Hong, Senior Fellow, Law and Development Institute, Peking University of China, Edited by Vagelis Papakonstantinou, Brussels Privacy Hub (31 pages)

N°18 Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination (January 2020) by Dr Monique Mann and Professor Tobias Matzner (18 pages)

N°19 Access to the Internet in the EU: a policy priority, a fundamental, a human right or a concern for eGovernment? (February 2020) by Lina Jasmontaite and Paul de Hert (23 pages)

N°20 The Proposed ePrivacy Regulation: The Commission's and the Parliament's Drafts at a Crossroads? (March 2020) by Elena Gil González, Paul De Hert & Vagelis Papakonstantinou (31 pages)

N°21 Article 8 ECHR compliant and foreseeable surveillance: the ECtHR's expanded legality requirement copied by the CJEU. A discussion of European surveillance case law (April 2020) by Paul De Hert & Gianclaudio Malgieri (42 pages)

N°22 The "Ethification" of Privacy and Data Protection Law in the European Union. The Case of Artificial Intelligence (May 2020) by Niels van Dijk and Simone Casiraghi (23 pages)

N°23 Logic and Key Points of China's Cybersecurity Review Measures (June 2020) by Yanqing Hong, Senior Fellow, Law and Development Institute, Peking University of China, Edited by Vagelis Papakonstantinou, Brussels Privacy Hub (9 pages)

N°24 Individuation: re-imagining data privacy laws to protect against digital harms (July 2020) by Anna Johnston (22 pages)

N°25 The Dark Side of the MOOC? The Rise of EdTech in Times of COVID-19: A Data Protection Challenge for Universities (August 2020) by Jonas Botta (16 pages)

N°26 European Law Enforcement and US Data Companies: A Decade of Cooperation Free from Law (September 2020) by Angela Aguinaldo and Paul De Hert (16 pages)

N°27 Fashion ID and Decisively Influencing Facebook Plugins: A Fair Approach to Single and Joint Controllership (June 2021) by Paul De Hert and Georgios Bouchagiar (24 pages)

N°28 Adding and removing elements of the proportionality and necessity test to achieve desired outcomes. Breyer and the necessity to end anonymity of cell phone users (September 2021) by Paul De Hert and Georgios Bouchagiar (26 pages)

N°29 Facial recognition, visual and biometric data in the US. Recent, promising developments to regulate intrusive technologies (October 2021) by Paul De Hert and Georgios Bouchagiar (46 pages)

N°30 Necessity knows no law in contaminated times: the rule of law under pandemic police and pandemic legislation' ('Nood breekt wet in besmette tijden: de rechtsstatelijkheid van de pandemiepolitie en pandemiewetgeving') (November 2021) by Paul De Hert (33 pages)

The Brussels Privacy Hub Working Papers series

The Brussels Privacy Hub Working Papers are intended to circulate research in progress for comment and discussion. The Working Papers focus on all areas of data protection and privacy research and can contain empirical research on privacy issues and analytical work on privacy governance and regulation in the EU; global flows of data; reconciling law enforcement and privacy interests; privacy challenges posed by new technologies; comparative research on privacy in different regions; jurisprudential issues of privacy protection; and many others

Available at www.brusselsprivacyhub.org/publications.html

Editorial Board: Paul De Hert and Christopher Kuner

Contact: info@brusselsprivacyhub.eu

BRUSSELS PRIVACY HUB