



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? : Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2005, November 10). *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? : Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4467>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4467>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DEEL II

Karakter, begrenzing en beperking van
mensenrechten en het belang van de
staatsveiligheid

4 | Karakter en begrenzing van de verplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen

4.1 INLEIDING

Het afwijken van of opschorten van verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen is, zo kon in hoofdstuk 3 worden geconcludeerd, in de allereerste plaats een onderwerp dat door die verdragen zelf wordt gereguleerd. Er is slechts een geringe rol weggelegd voor algemene volkenrechtelijke regels en beginselen, namelijk alleen daar waar de mensenrechtenverdragen zelf niets regelen op dit punt. Het is derhalve nodig om die verplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen en de wijze waarop deze in de verdragen zijn begrensd, bijvoorbeeld door de wijze van formulering van de gegarandeerde rechten, door het gebruik van beperkingsclausules en door de mogelijkheid van het maken van voorbehouden, nader te bestuderen. Dit gebeurt in het onderstaande hoofdstuk in heel algemene zin.

Vervolgens zal in hoofdstuk 5 de aandacht specifiek uitgaan naar begrenzing en beperking van mensenrechtelijke verdragsverplichtingen die gerelateerd zijn aan situaties waarin de veiligheid van een staat in het geding is of het geordend verloop van het maatschappelijk leven binnen een staat bedreigd wordt. Daarna volgt in hoofdstuk 6 tot en met 9 een uitvoerige analyse van de specifieke opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen.

4.2 HET KARAKTER VAN DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE MENSENRECHTENVERDRAGEN

De opzet en formulering van de internationale mensenrechtencatalogi¹ lijkt aan duidelijkheid niets te wensen over te laten. De nadruk ligt op het fundamentele en onvervreembare karakter van de rechten die worden gewaarborgd.

1 Ik concentreer mij hierbij in de eerste plaats op die internationale en regionale mensenrechtenverdragen die een min of meer 'brede' catalogus van rechten garanderen aan 'een ieder' en richt mij dus niet direct op die verdragen die gericht zijn op de verwezenlijking of uitwerking van een bepaald grondrecht, zoals bijvoorbeeld het IVRD en het VN-Verdrag tegen foltering, of de verdragen die gericht zijn op specifieke maatregelen ter verwezenlijking van de mensenrechten voor een specifieke groep van individuen, zoals het IVDV of het IVRK.

Zowel de UVRM als het IVBPR stelt in de preambule dat 'erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld.'² Vervolgens verplichten de staten die partij zijn bij het IVBPR in artikel 2 lid 1 van dit verdrag zich ertoe 'de in dit verdrag erkende rechten te eerbiedigen en deze aan een ieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen te verzekeren'.³

Soortgelijke bepalingen treft men aan in artikel 1 EVRM (dat echter alleen spreekt over de verplichting voor de verdragsstaten om de in het verdrag opgenomen rechten te 'verzekeren'), artikel 1 van het African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR) en artikel 1 van het AVR. Onder het 'eerbiedigen' van de erkende rechten zou kunnen worden verstaan het louter niet schenden van de bedoelde rechten en vrijheden (een onthoudingsverplichting of 'negatieve verplichting' voor de overheid). De verplichting om deze rechten te 'verzekeren' wordt echter uitgelegd als méér omvattend: de lidstaten dienen alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het individuele personen mogelijk te maken om de in het verdrag neergelegde rechten ook werkelijk uit te oefenen. Hieronder wordt ook begrepen het wegnemen van publiekrechtelijke en mogelijke privaatrechtelijke obstakels die aan uitoefening van de bedoelde rechten in de weg staan.⁴ Men spreekt in de jurisprudentie en literatuur in dit verband doorgaans van de 'affirmative obligations' of 'positieve verplichtingen' voor de verdragspartijen.⁵

Uit het gebruik van de term 'verzekeren' worden daarnaast doorgaans consequenties afgeleid met betrekking tot het 'dwingende' of 'afdwingbare' karakter van de verdragsverplichtingen. De verplichting van de verdragsstaten onder het EVRM een ieder die onder hun rechtsmacht verblijft de rechten en vrijheden te verzekeren is een objectieve verbindende verplichting, die van de verdragsstaten een onmiddellijk EVRM-conform resultaat van het overheids-optreden vergt. Het EHRM heeft het bindende karakter van de verdragsverplichtingen onder het EVRM vastgesteld aan de hand van een historische interpretatie van artikel 1 van het verdrag. In het arrest *Ireland/UK* overwoog het Hof:

'By substituting the words "shall secure" for the words "undertake to secure" in the text of Article 1, the drafters of the Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be *directly* [curs. JPL] secured to anyone within the jurisdiction of the contracting States.'⁶

2 Cursivering JPL. Nederlandse vertaling van UVRM opgenomen in *Trb.* 1969, 99, p. 111 e.v. en van IVBPR in *Trb.* 1978, 177.

3 Cursivering JPL.

4 Buergenthal 1981, p. 77.

5 Zie over de jurisprudentie m.b.t. het concept van de positieve verplichtingen onder het EVRM o.m. Lawson 1995, p. 559-567.

6 EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK), § 239.

De conclusie van onmiddellijk verbindende verplichtingen kan naar mijn mening evenzeer getrokken worden voor het IVBPR en het AVRVM, al is met betrekking tot het IVBPR deze opvatting pas vrij recent (in 2004) expliciet uitgesproken door het VN-Mensenrechtencomité. Tijdens het opstellen van dit verdrag – met name bij de tekst van het huidige tweede lid van artikel 2 – was er tussen de onderhandelende partijen reeds uitvoerige discussie over de vraag of de verplichtingen op grond van het IVBPR onmiddellijk in werking zouden treden of door de verdragsstaten geleidelijk ten uitvoer gelegd zouden mogen worden, zoals voorzien was voor het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR).⁷ Sommige vertegenwoordigers meenden dat de verplichtingen onder het IVBPR ‘absoluut’ en ‘onmiddellijk’ waren in die zin dat een staat alleen partij bij het IVBPR zou kunnen worden nadat deze de noodzakelijke maatregelen om de IVBPR-rechten te verzekeren zou hebben genomen of op zijn minst deze maatregelen gelijktijdig met het toetreden tot het verdrag zou nemen. Indien het nationale recht van een staat nog niet geheel aan de IVBPR-verplichtingen zou voldoen, moest daar maar door middel van een voorbehoud een regeling voor getroffen worden.⁸ Hier werd tegenin gebracht dat het treffen van alle noodzakelijke maatregelen voorafgaand aan toetreding tot het verdrag geen volkenrechtelijk vereiste was.⁹ Bovendien achtten velen het

‘essential to permit a certain degree of elasticity to the obligations imposed by the Covenant, since all States would not be in a position immediately to take the necessary legislative or other measures for the implementation of its provisions. The Covenant, it was pointed out, unlike ordinary Conventions, concerned a vast field so that no State could claim its legislation to be in complete harmony with all its provisions. Paragraph 2 [van artikel 2 – JPL] would also take into account the constitutional processes of various countries which differed as regards the implications of an act of ratification of an international instrument.’¹⁰

Voorstellen om in de tekst van het verdrag een bepaling op te nemen die aan zou moeten geven dat staten de noodzakelijke maatregelen ter verzekering van de IVBPR-rechten binnen een bepaalde, in het verdrag aangegeven, termijn of binnen een redelijke termijn zouden moeten nemen werden afgewezen. Ook het voorstel om elke staat bij ratificatie zelf die termijn te laten aangeven haalde het niet. McGoldrick merkt dan ook op dat het enige dat duidelijk werd uit

7 Zie voor een overzicht van deze discussie: Jhabvala 1985, p. 467-476. Een vrijwel identieke discussie speelde rondom de vaststelling van de tekst van artikel 1 en 2 AVRVM. Zie daarover: Medina Quiroga 1988, p. 98-100.

8 McGoldrick 1994, p. 12.

9 Deze opvatting werd ondersteund door een ‘legal opinion’ ingediend door de Secretaris-Generaal van de VN op verzoek van het redactiecomité van de VN-Mensenrechtencommissie. Zie VN Doc. E/CN.4/116 (1948).

10 Geannoteerd verslag van de werkzaamheden van de VN-Mensenrechtencommissie m.b.t. het opstellen van het IVBPR, VN Doc. A/2929, Ch. 5, § 8.

de behandeling van de verdragstekst binnen de VN-Mensenrechtencommissie was dat de Commissie meende dat excessieve vertraging bij de volledige tenuitvoerlegging van het IVBPR door de verdragsstaten moest worden voorkomen en dat daarom bewoordingen zoals in het ontwerp-IVESCR, die duiden op een geleidelijke en voortschrijdende implementatie, moesten worden voorkomen.¹¹

Bij de verdere behandeling van artikel 2, tweede lid, in de diverse VN-gremia werden opnieuw bezwaren tegen de formulering van de bepaling naar voren gebracht, maar de tekst bleef ongewijzigd. Het rapport van het Derde Comité van de Algemene Vergadering (Social, Humanitarian and Cultural Questions), waarbinnen een artikelsgewijze bespreking van het concept-IVBPR plaatsvond, stelt:

*'It represented the minimum compromise formula, the need for which, particularly in new States building up their body of legislation, was manifest. The notion of implementation at the earliest possible moment was implicit in article 2 as a whole. Moreover, the reporting requirement in article 49 (later werd dat artikel 40 – JPL) would indeed serve as an effective curb on undue delay.'*¹²

Sinds de inwerkingtreding van het IVBPR in 1976 heeft het VN-Mensenrechtencomité, dat toezicht houdt op de naleving van het verdrag, zoals hierboven reeds opgemerkt, lange tijd géén expliciet standpunt over het onmiddellijk verbindende karakter van de verplichtingen onder het IVBPR ingenomen. Wel benadrukten diverse individuele leden van het Comité het onmiddellijk verbindende karakter van de IVBPR-verplichtingen om deze duidelijk te onderscheiden van de verplichtingen op grond van het IVESCR. Daaraan werd dan door die individuele Comitéleden veelal meteen toegevoegd dat er vele obstakels zijn die aan volledige verwezenlijking van de IVBPR-rechten in de weg kunnen staan (bijvoorbeeld onderontwikkeling, werkloosheid, analfabetisme). In 1994 kwam McGoldrick daarom tot de volgende samenvatting van de benadering van het Mensenrechtencomité:

'One can perhaps best summarise the approach that seems to have emerged from individual members by saying that they have generally viewed the obligation in article 2 as an immediate one but that they are sympathetic to States parties who can point to specific factors and difficulties which prevent or hinder the full and immediate implementation of the rights in the Covenant. In effect the burden of proof is on a State party which is not immediately implementing the Covenant to provide some specific justification or explanation. There has been no suggestion that the HRC [VN-Mensenrechtencomité – JPL] would accept any argument to the effect that the obligation in article 2 is a progressive one in the sense that a State

11 McGoldrick 1994, p. 12.

12 VN Doc. A/5655, § 23.

party could choose not to implement a particular right as a matter of policy and justify this by arguing that article 2 does not contain an immediate obligation.¹³

Met de vaststelling op 29 maart 2004 van *General Comment No. 31* over 'the nature of the general legal obligation imposed on states parties to the covenant' heeft het VN-Mensenrechtencomité expliciet duidelijk gemaakt dat begrip bij het Comité voor de eventuele problemen van staten bij het volledig verwezenlijken van de IVBPR-rechten staat er niet aan in de weg dat als uitgangspunt geldt dat de verplichting tot verzekering van de IVBPR-rechten een onmiddellijk verbindende verplichting is. De vijfde paragraaf van dit *Comment* stelt: 'the obligation to respect and ensure (...) has immediate effect'.¹⁴

Hierboven kwam al even aan de orde dat het IVESCR een minder vergaande clause met betrekking tot de implementatie van de verdragsverplichtingen bevat. De IVESCR-clausule laat ruimte voor een geleidelijke en voortschrijdende implementatie van de opgesomde rechten.¹⁵ Datzelfde is het geval bij het Europees Sociaal Handvest (ESH).¹⁶ Dit verschil is niet onbelangrijk, aangezien het meer of minder 'dwingende' karakter van de verdragsverplichtingen ook consequenties zou kunnen hebben voor de regeling rond het inperken, afwijken of opschorten van die verdragsverplichtingen. Higgins merkt hierover op: 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains no derogation provision, thus implicitly confirming the view that such a clause

13 McGoldrick 1994, p. 273-274. In dit verband kan ook gewezen worden op de opvatting van Mensenrechtencomité-lid Tomuschat: 'The Human Rights Committee has never had any doubts about the true meaning of article 2(2) of the CCPR. No member has ever maintained that States enjoyed a margin of discretion concerning the time limits during which full conformity of their conduct with their international obligations could be brought about. Nor has any government appearing before the Human Rights committee defended such an understanding of the CCPR. Even more conclusive are the views adopted by the Human Rights Committee on the merits of cases brought to its attention under the Optional Protocol. The Human Rights Committee has chosen a format for such views according to which, on an article-by-article basis, findings are made as to violations which have occurred. If the CCPR had not intended to impose on States a strict duty of compliance, no such findings could have been made.' Tomuschat 1984/85, p. 42.

14 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 31*, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), § 5.

15 De relevante bepaling in het IVESCR, art. 2 lid 1, luidt: 'Iedere staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich maatregelen te nemen, zowel zelfstandig als binnen het kader van de internationale hulp en samenwerking, met name op economisch en technisch gebied, en met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen, ten einde met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen, steeds nader tot een algemene verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen.'

16 Art. 20 lid 1 ESH spreekt van een verplichting voor de verdragspartijen om de in het verdrag opgenomen rechten te beschouwen als 'een verklaring van de doelstellingen welke zij (...) met alle daarvoor in aanmerking komende middelen zal nastreven', waarbij deze doelstellingen in de aanhef van deel I van het verdrag worden aangemerkt als het met alle passende middelen scheppen van voorwaarden ter verwezenlijking van de in het verdrag opgesomde rechten en beginselen.

should only be deemed necessary where there are strong implementation provisions.¹⁷ Deze visie wordt genuanceerd door Alston & Quinn. Zij menen dat het ontbreken van een opschortingsbepaling in het IVESCR verklaard kan worden uit een combinatie van factoren:

'(1) the nature of the rights contained in the Covenant and the fact that the case for derogation in times of emergency from, for example, the rights to food or to health care would seem inherently less compelling than the case for derogation from the right of peaceful assembly or the right to vote; (2) the existence of a general limitations clause in the Covenant (...); and the more flexible and accommodating nature of the basic obligation contained in Article 2(1) of the Covenant.'¹⁸

Ook Craven meent in zijn uitvoerige studie over het IVESCR, dat het ontbreken van een specifieke opschortingsbepaling verklaard moet worden vanuit het perspectief dat de verdragsopstellers klaarblijkelijk de terminologie met betrekking tot het karakter van de verdragsverplichtingen zoals opgenomen in artikel 2, eerste lid, IVESCR voldoende flexibiliteit vonden bieden om een speciale opschortingsbepaling overbodig te achten.¹⁹

Hoe juist deze opvatting ook mag zijn, het is opvallend dat in het ESH – dat hoofdzakelijk met het IVESCR vergelijkbare verplichtingen oplegt aan de verdragsstaten – wel een opschortingsbepaling is opgenomen (artikel 30). Hoewel bij de voorbereiding van het ESH terdege is gekeken naar de ontwerp-teksten voor het IVESCR wordt in de toelichtingen bij de ontwerp-teksten voor het ESH nergens enige opmerking gemaakt over dit verschil. Op zich zou vanuit hedendaags Nederlands perspectief een verklaring voor de opname van een opschortingsbepaling in het ESH gezocht kunnen worden in het feit dat in artikel 6, vierde lid, ESH het stakingsrecht is opgenomen en dat dit recht in de jurisprudentie meer als een rechtstreeks werkend en afdwingbaar 'klassiek' (vrijheids)recht wordt aangemerkt, dan als een (niet rechtstreeks afdwingbaar) sociaal recht. De noodzaak van opschorting van het stakingsrecht tijdens noodsituaties is in beginsel voorstelbaar. Niets wijst er echter op dat overwegingen in deze sfeer aan het opnemen van een opschortingsbepaling in het ESH ten grondslag hebben gelegen. De bovenvermelde juridische karakterisering van het ESH-stakingsrecht is afkomstig van de *Nederlandse* rechter en stamt uit een periode ruimschoots na de totstandkoming van het Handvest.²⁰ Bovendien kent het IVESCR in artikel 8, eerste lid sub d, een vergelijkbare bepaling inzake het stakingsrecht, dus het 'klassieke' karakter van het ESH-stakingsrecht kan het verschil tussen beide verdragen niet verklaren.

Als het gaat om het 'flexibele' en 'minder dwingende' karakter van de verdragsverplichtingen onder het IVESCR moet bovendien worden opgemerkt

17 Higgins 1975-1976, p. 286.

18 Alston & Quinn 1987, p. 217.

19 Craven 1995, p. 27.

20 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (Spoorwegstaking; m.nt. PAS).

dat de doctrinaire en jurisprudentiële opvattingen over de 'justiciability' van de economische, sociale en culturele mensenrechten de afgelopen decennia niet hebben stilgestaan.²¹ De opvattingen van de verdragsopstellers (uit de jaren '50 en '60 van de twintigste eeuw) zijn op dit punt niet langer zonder meer maatgevend. In de meer recente literatuur over economische, sociale en culturele rechten wordt menigmaal aangehaakt bij de typologie van verdragsverplichtingen zoals door Eide neergelegd in zijn rapport aan de VN-Subcommissie inzake de voorkoming van discriminatie en bescherming van minderheden uit 1987.²² Eide onderscheidt drie typen van verplichtingen, die kunnen voortvloeien uit internationale mensenrechtenverdragen, ongeacht of het nu gaat om burger- en politieke rechten of economische, sociale en culturele rechten: de verplichting 'to respect', de verplichting 'to protect' en de verplichting 'to fulfil'.²³

De verplichting 'to respect' verbiedt de staat om zelf direct inbreuk te maken op erkende rechten en vrijheden van het individu of van bevolkingsgroepen. Dit betekent dat de staat zich dient te onthouden van inmenging of dwang met betrekking tot de uitoefening van erkende rechten en vrijheden. De verplichting 'to protect' gebiedt de staat stappen te ondernemen die erop gericht zijn te voorkomen dat derden erkende rechten en vrijheden schenden. Het gaat hier met name om de verankering in de grondwet of wet van de bescherming van grondrechten in horizontale verhoudingen. De verplichting 'to fulfil' richt zich ten slotte op het leveren van steun en directe voorzieningen door de staat. Deze verplichting gebiedt de staat verdergaande positieve maatregelen te nemen, vaak maatregelen met financiële consequenties, met het oog op een geleidelijke en effectieve verwezenlijking van rechten. Het gaat hierbij veelal om een lange termijn proces.²⁴

De algemene verplichting van artikel 2, eerste lid, IVESCR heeft duidelijk het karakter van een verplichting 'to fulfil', maar deze verplichting kan niet geheel los gezien worden van de verplichtingen die voortvloeien uit specifieke in het verdrag genoemde rechten. Uit de combinatie van de algemene verplichting van artikel 2, eerste lid, met een specifiek recht – bijvoorbeeld het recht op gelijke beloning voor werk van gelijke waarde voor mannen en vrouwen van artikel 7 sub a(i) – kan heel goed een verplichting 'to protect' voortvloeien.

21 Zie het overzicht van de ontwikkelingen op dit punt in hoofdstuk II en IV van het proefschrift van Arambulo over de versterking van het toezicht op het IVESCR (Arambulo 1999, p. 53-171). Zie ook Scheinin 1995, p. 41-62.

22 *Report on the right to adequate food as a human right*, VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23. Dit is het eindrapport dat speciaal rapporteur Asbjørn Eide opstelde voor de Subcommissie. Hieraan gingen twee interim-rapportages vooraf (VN Docs E/CN.4/Sub.2/1983/25 en E/CN.4/Sub.2/1984/25). Het eindrapport van Eide is ook afzonderlijk gepubliceerd: UN Publications Sales No. E.89.XIV.2. Zie over het eindrapport ook Arambulo 1999, p. 126-129. De door Eide gehanteerde typologie is later overgenomen door diverse andere VN-rapporteurs.

23 Zie ook Eide 1995, p. 35-38.

24 *Ibidem*. Vgl. ook Dankwa, Flinterman & Leckie 1998, p. 713-715.

En sommige bepalingen van het IVESCR kunnen zelfs zonder meer als een onmiddellijk bindende verplichting 'to respect' worden aangemerkt, omdat de (economische) noodzaak voor een geleidelijke implementatie daarbij geheel lijkt te ontbreken. Craven stelt in dit verband:

'The terms of article 2(1) reflect the belief held during the drafting of the Covenant that the implementation of economic, social and cultural rights could only be undertaken progressively, as full and immediate realization of all the rights was beyond the resources of many States. It may, nevertheless, be criticized not only for allowing States excessive leeway in the implementation of their obligations, but it also fails to take into account those provisions that may be implemented immediately.'²⁵

Als voorbeeld van een bepaling die direct bindend is en dus direct toegepast kan worden, wijst hij op artikel 8 IVESCR, over het recht om vakverenigingen op te richten en zich hierbij aan te sluiten.²⁶

Het ontbreken van een opschortingsbepaling in het IVESCR is dus wel verklaarbaar vanuit de opvattingen bij de opstellers over het afdwingbare karakter van de verplichtingen onder dit verdrag, maar het is de vraag of die redenering – gezien de ontwikkeling die het denken over het karakter van die verdragsverplichtingen sindsdien heeft doorgemaakt²⁷ – nog wel geheel overtuigend; zeker als daarbij ook het oog gehouden wordt op de ontwikkeling van het concept van de 'minimum core obligations' onder het IVESCR of de 'minimum core content', de kerninhoud, van de economische, sociale en culturele rechten.²⁸ Het VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele

25 Craven 1995, p. 26. Ook de *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, een serie van beginselen vastgesteld door een groep van internationale deskundigen in het internationale recht bijeengebracht door de International Commission of Jurists en het Maastricht Centre for Human Rights van de Rijksuniversiteit Limburg op 8 januari 1987 en gepubliceerd in VN Doc. E/CN.4/1987/17/Annex (1987) en in *Human Rights Quarterly* 1987, p. 122 e.v., gaan uit van direct bindende verplichtingen voor de verdragsstaten. Volgens Limburg Principle no. 72 schendt een partijstaat het IVESCR onder meer indien deze 'fails to implement without delay a right which it is required by the Covenant to provide immediately'.

26 Craven 1995, p. 284. Gezien dit karakter van de verplichtingen onder art. 8 IVESCR meent hij dat het ontbreken van een specifieke opschortingsbepaling in dit verdrag aanleiding kan geven tot verwarring en inconsistenties tussen de diverse mensenrechtenverdragen, aangezien op grond van artikel 4 IVBPR de in artikel 22 IVBPR gegarandeerde vrijheid van vakvereniging wel opgeschort kan worden, maar het in het IVESCR opgenomen recht van vakvereniging niet aan opschorting onderhevig is en art. 5 lid 1 IVESCR zelfs expliciet verbiedt om de in het verdrag opgenomen rechten verdergaand te beperken dan in het verdrag is voorzien.

27 Vgl. Leckie 1998, p. 45-46.

28 Özücü 1986, p. 38 omschrijft de 'minimum core content' van een recht als 'the one area in the normative scope of a right that must be protected absolutely'. Het gaat volgens haar om de essentie van een recht, dat deel zonder welk het recht en het genot van dat recht geen enkele betekenis zouden hebben. Die essentie van een grondrecht stelt een grens aan

Rechten (hierna: ESCR-Comité) dat toezicht houdt op de naleving van de verplichtingen onder het IVESCR heeft in zijn *General Comment No. 3* over het karakter van de verplichtingen voor de verdragspartijen deze ‘minimum core obligations’ als volgt omschreven:

‘[T]he Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, *prima facie*, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d’être*.’²⁹

Sindsdien is het concept van ‘minimum core obligations’ door diverse andere instanties, waaronder de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens en het IAHRM, overgenomen.³⁰ In bovengenoemd *General Comment* uit 1990 gaat het ESCR-Comité er nog vanuit dat die ‘minimum core obligations’ in geval van een volstrekt gebrek aan beschikbare middelen niet nagekomen zullen kunnen worden.³¹ Sindsdien heeft de jurisprudentie van het Comité zich echter verder ontwikkeld, zodat vandaag de dag als breed aanvaarde opinie geldt dat de ‘minimum core obligations apply irrespective of the availability of resources of the country concerned or any other factors and difficulties’.³² Uit de woor-

de beperkingsmogelijkheden van dat recht door de staat (p. 45-46). Zij wijst er tevens op (p. 47) dat het concept van een kerninhoud van de grondrechten bijvoorbeeld ook is terug te vinden in het Duitse constitutionele recht. Art. 19 lid 2 Grundgesetz luidt nl.: ‘In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden.’

29 ESCR-Comité, *General Comment No. 3*, VN Doc. E/1991/23, Annex III, punt 10. Arambulo 1999, p. 142, wijst erop dat de door het Comité gehanteerde terminologie eigenlijk wat verwarrend is, enerzijds wordt aangeknoopt bij het concept van staatsverplichtingen, maar anderzijds ook bij het concept van individuele rechten.

30 Leckie 1998, p. 58.

31 ESCR-Comité, *General Comment No. 3*, VN Doc. E/1991/23, Annex III, punt 10: ‘By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps “to the maximum of its available resources”. In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.’

32 Zie Guideline 9 en 10 van de *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, o.m. gepubliceerd in *Human Rights Quarterly* 1998, p. 691-705. De *Maastricht Guidelines* zijn het resultaat van een conferentie van internationale deskundigen in januari 1997, bijeengeroepen door o.m. de International Commission of Jurists en het Centre for Human Rights van de Universiteit Maastricht, om de tien jaar eerder aanvaardde *Limburg Principles* (zie noot 25 *supra*) nader uit te werken en te concretiseren. Guideline 10 stelt dat deze opvatting bevestigd wordt door de ‘developing jurisprudence’ van het ESCR-Comité.

den 'irrespective of any other factors and difficulties' leid ik af dat de 'minimum core obligations' dus ook in noodsituaties hun geldigheid niet verliezen,³³ zodat niet langer zonder meer gesteld kan worden dat het dwingende karakter van de IVESCR-verplichtingen dusdanig gering is dat willekeurig welke inperking of afwijking van die verdragsverplichtingen in tijden van nood sowieso toegestaan zou zijn. Overschakelend van een verplichtingen-terminologie naar een rechten-terminologie: er is een harde kern ('minimum core content') van de in het IVESCR opgenomen rechten die ook in noodsituaties overeind blijft, met andere woorden *notstandsfeest* is.³⁴ Wat tot die harde kern behoort, verschilt uiteraard van recht tot recht en is nog niet in alle gevallen duidelijk uitgekristalliseerd. Het is met name aan de nationale rechter en aan de internationale toezichthoudende organen onder de mensenrechtenverdragen om die kerninhoud nader te bepalen.³⁵ Specifiek voor noodsituaties in de sfeer van gewapende conflicten – maar misschien ook wel daarbuiten – kunnen bepaalde normen uit het internationale humanitaire recht, bijvoorbeeld de Geneefse Conventies en de daarbij behorende Protocollen en het Statuut van het Internationaal Strafhof (waarin onder meer bepaalde handelingen als misdrijf tegen de menselijkheid worden aangemerkt), mogelijk een nader houvast bieden voor het bepalen van de kerninhoud van sommige economische, sociale en culturele rechten (zoals het recht op voedsel, het recht op huisvesting en het recht op gezondheidszorg; allen te vinden in artikel 25 UVRM en artikel 11 IVESCR).³⁶ Het ontbreken van een specifieke opschortingsbepaling in het IVESCR betekent dus niet dat met betrekking tot de in dat verdrag opgesomde economische, sociale en culturele rechten geen sprake is van de ontwikkeling van normen met betrekking tot de bescherming van deze rechten in noodsituaties. Deze normen zijn weliswaar niet gecodificeerd in een specifieke opschortingsbepaling in het verdrag zelf, maar wel af te leiden uit de zich ontwikkelende jurisprudentie van het ESCR-Comité in combinatie met verdragsverplichtingen die de IVESCR-partijstaten onder andere verdragen zijn aange-

33 In hun commentaar bij de *Maastricht Guidelines* stellen Dankwa, Flinterman en Leckie: 'Every state that has accepted legal obligations, therefore, agrees that under all circumstances (...) basic minimum obligations and corresponding essential rights remain in place' (Dankwa, Flinterman & Leckie 1998, p. 717).

34 Deze overschakeling is in de internationaal-rechtelijke discussie altijd enigszins omstreden: gaat het nu om een kerninhoud van de rechten van individuen of om een minimumniveau van garanties voor de hele gemeenschap? Zie daarover o.m. Leckie 1998, p. 59. Arambulo 1999, p. 130-145 gaat nader in op de ontwikkeling van zowel de eerste benadering (minimum core content) als de tweede (minimum threshold approach) en de relatie tussen beide benaderingen.

35 Arambulo 1999, p. 132-136. Zij beschrijft ook diverse in de jurisprudentie gehanteerde en in de literatuur voorgestelde methoden om die kerninhoud nader te bepalen.

36 Vgl. Rosas & Sandvik 1995, p. 341-346. In § 8.2.3 *infra* kom ik hier nog nader op terug. Zie over de kerninhoud van het recht op gezondheidszorg ook Toebes 1999, p. 275-285.

gaan en/of de verplichtingen die voortvloeien uit het volkenrechtelijk gewoonterecht.³⁷

De ontwikkeling van dergelijke normen is ook weer van belang voor de verdragen die wel een expliciete opschortingsbepaling kennen; dit in verband met de informatievoorzieningsplicht die in die opschortingsbepalingen is opgenomen. Het VN-Mensenrechtencomité maakt dit duidelijk in zijn *General Comment No. 29* over artikel 4 IVBPR:

'Although it is not the function of the Human Rights Committee to review the conduct of a State party under other treaties, in exercising its functions under the Covenant the Committee has the competence to take a State party's other international obligations into account when it considers whether the Covenant allows the State party to derogate from specific provisions of the Covenant. Therefore, when invoking article 4, paragraph 1, or when reporting under article 40 on the legal framework related to emergencies, States parties should present information on their other international obligations that are applicable in times of emergency. In this respect, States parties should duly take into account the developments within international law as to human rights standards applicable in emergency situations.'³⁸

Voor wat betreft 'andere internationale verplichtingen' verwijst het Comité dan niet naar het IVESCR, maar naar het IVRK. Daarbij merkt het Comité expliciet op dat (1) het IVRK geen opschortingsbepaling kent en (2) uit artikel 38 IVRK voortvloeit dat het IVRK ook van toepassing is in nood- en oorlogssituaties.³⁹ Het IVRK bevat naast burgerlijke en politieke (vrijheids)rechten ook rechten

37 Waarbij de Geneefse Conventies en Protocollen zowel een uitdrukking kunnen vormen van andere verdragsverplichtingen als van normen van volkenrechtelijk gewoonterecht. Dat is afhankelijk van de internationaalrechtelijke status die men aan de daarin vervatte normen wil toekennen. Dat de Geneefse Conventies een grens kunnen stellen aan de beperking van de bescherming van de in het IVESCR opgenomen rechten meen ik ook te mogen afleiden uit art. 5 lid 2 IVESCR: van rechten die binnen een staat worden erkend ingevolge wettelijke bepalingen, overeenkomsten, voorschriften of gewoonten onder het voorwendsel dat het IVESCR deze rechten niet of slechts in beperkte mate erkent.

38 VN-Mensenrechtencomité *General Comment No. 29*, VN-doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11 (31 augustus 2001), § 10.

39 *Ibidem*, voetnoten 5 en 6. Overigens vind ik het opmerkelijk dat het VN-Mensenrechtencomité uit art. 38 IVRK afleidt dat 'the Convention is applicable in emergency situations', want dat is uit de tekst van dit artikel geenszins af te leiden. Het hiervoor relevante eerste lid van art. 38 IVRK luidt: 'States Parties undertake to respect and to ensure respect for rules of international humanitarian law applicable to them in armed conflicts which are relevant to the child.' Lücker-Babel 1996, p. 394, beschouwt art. 38 IVRK dan ook juist als een verwijzing naar de Geneefse Conventies en niet als een indicatie dat het hele IVRK ook in noodsituaties onverkort geldt: 'Intrinsically, article 38 (...) is an invalidating provision since it specifies that in armed conflicts (whether international or otherwise) States shall comply with the commitments they have entered into under humanitarian law. It recognizes implicitly the existence of situations in which the rights set forth in the Convention are partially ceded and where the primary consideration has to be that of the minimal protection of rights deemed essential.'

uit de economische, sociale en culturele sfeer. Dit alles onderstreept mijn inziens het belang om vanuit het perspectief van de verplichtingen die op staten rusten op grond van de diverse mensenrechtenverdragen en de mensenrechtelijke grenzen die ook in noodsituaties aan overheidsoptreden worden gesteld niet alleen stil te staan bij de expliciete opschortingsbepalingen in EVRM, IVBPR, AVRVM en ESH, maar ook andere verdragsverplichtingen in het oog te houden. Weliswaar zal in hoofdstuk 6 tot en met 9 de nadruk liggen op een analyse van de opschortingsbepalingen, maar waar relevant zal juist ook worden ingegaan op de 'optelsom' van verdragsverplichtingen voortvloeiend uit diverse verdragen die in noodsituaties een rol kunnen spelen.

4.3 REDENEN VOOR BEGRENZING EN BEPERKING VAN MENSENRECHTEN: DE NOODZAAK VAN EEN 'BALANS'

Zoals ik in § 1.1.1 reeds opmerkte, zijn – anders dan de woorden 'inherent' en 'onvervreemdbaar' in de preambules van diverse internationale mensenrechtencatalogi lijken te suggereren – mensenrechten niet absoluut. Mensenrechten kunnen niet onder alle omstandigheden onbepaald en met voorrang worden uitgeoefend en de staat is niet verplicht om onder alle omstandigheden alle rechten te 'eerbiedigen' en te 'verzekeren'. Er zijn grenzen gesteld aan de uitoefening van mensenrechten, grenzen die gelegen zijn enerzijds de rechten en vrijheden van anderen en anderzijds de belangen van de gemeenschap c.q. de staat. Lauterpacht merkte hierover op:

'It's axiomatic that the natural rights of the individual find a necessary limit in the natural rights of other persons. (...) Similarly the fundamental rights of the individual must in certain cases yield to the vital necessities of the State (...) While ultimately, the existence of the State is justified only when conceived as a means for the advancement and the happiness of the individual human being, as a general rule *salus rei publicae* provides a *prima facie* – though not necessarily the final – justification of invasion of private rights, however fundamental. There is no inevitable contradiction between the essential purpose of the Bill of Rights in securing human rights and fundamental freedoms and the welfare and exigencies of the State so long as it is clearly established that these limitations must not operate in a manner contrary to the purpose of the Bill of Rights and that the State is not the final arbiter in the matter'⁴⁰

De staat ontleent uiteindelijk zijn legitimatie aan het respect voor de rechten van zijn burgers en de bevordering van het algemeen welzijn.⁴¹ Loucaides

⁴⁰ Lauterpacht 1950, p. 366.

⁴¹ Higgins 1976-1977, p. 282, stelt: 'The accommodation being sought is not between the State and the individual; rather it is between the individual's rights and freedoms and the rights and freedoms of the community at large.' Zij ontleent dit aan McDougal, Lasswell & Chen

voegt daar aan toe dat ook het welzijn van het individu het best gediend wordt door een compromis tussen zijn individuele rechten en vrijheden en de belangen van de gemeenschap waarvan hij deel uitmaakt. De bescherming van die rechten en vrijheden wordt zelfs bevorderd door ze te controleren en te reguleren in het belang van een ieder.⁴²

Waar veelal de legitimatie voor de begrenzing of beperking van mensenrechten gezocht wordt in de belangen van anderen en de bevordering van het algemeen welzijn, waardoor een zekere mate van beperking van mensenrechten als het ware inherent wordt aan het concept van die mensenrechten zelf, moet tegelijkertijd beseft worden dat bij de beperking van die mensenrechten ook de nodige *raison d'état*-overwegingen een rol spelen. Alle bepalingen of clausules ter begrenzing of beperking van mensenrechten kunnen worden gehanteerd om een rechtvaardiging te creëren voor staatsoptreden 'consubstantial to reason of state',⁴³ met andere woorden als een manier om in mensenrechtelijk opzicht de handen zoveel mogelijk vrij te houden en het overheids-optreden aan zo min mogelijk beperkingen te onderwerpen in het belang van efficiënt en daadkrachtig staatsbestuur. De behoefte aan een beperkings- of begrenzingssystematiek bij mensenrechtenverdragen is dus van tweeërlei aard: enerzijds gaat het om regulering van de potentiële botsing van mensenrechten van verschillende individuen, anderzijds gaat het om een 'ontsnappingsmogelijkheid' voor de staat, een mogelijkheid om onder verplichtingen uit te kunnen komen waar deze voor de staat tot onaanvaardbare consequenties zouden leiden, zonder welke staten wellicht geen partij zouden willen worden bij die mensenrechtenverdragen.⁴⁴ Desalniettemin was bij het opstellen van de VN-mensenrechtenverdragen deze – inherente, noodzakelijke, onvermijdelijke – begrenzing en beperking van de mensenrechten geen vanzelfsprekendheid. Tijdens de besprekingen in 1947 binnen de VN-Commissie voor de Rechten

1969, p. 267: 'The precise delineation of the rights of any particular individuals in any particular context must, however, always require an infinitely delicate reconciliation with the comparable rights of other individuals; and, in the domain of human rights as in other domains, the protection accorded the individual's rights and freedoms must, on occasion, especially in times of crisis, be accommodated to the overriding inclusive interests of all community members.' Zie ook McDougal, Lasswell & Chen 1980, m.n. p. 799-816.

42 Loucaides 1993, p. 334 noemt dit de gedachten die aan de beperkingssystematiek in het EVRM ten grondslag liggen. In artikel 29 lid 1 van de UVRM wordt expliciet gesteld dat een ieder plichten heeft jegens de gemeenschap, 'zonder welke de vrije en volledige ontplooiing van zijn persoonlijkheid niet mogelijk is'. Zie ook art. 32 lid 1 AVR. Het African Charter wijdt zelfs een apart hoofdstuk aan de plichten van het individu (art. 27-29). Art. 27 lid 1 ACHPR stelt: 'Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community.' De opvatting van Loucaides sluit aan bij de uitgangspunten zoals ik die geformuleerd heb aan het eind van hoofdstuk 2 (§ 2.4.10), die grotendeels gebaseerd waren op het gedachtegoed van Rawls: vrijheden van individuen mogen slechts worden ingeperkt als daardoor het totaal van vrijheid van de hele gemeenschap wordt versterkt of vergroot.

43 Woorden ontleend aan: Delmas-Marty & Soulier 1992, p. 7.

44 Vgl. Leijten 1989, p. 146-152.

van de Mens over (toen nog) 'een internationaal verdrag inzake mensenrechten' was het bijvoorbeeld Joegoslavië dat zich fel verzette tegen het opnemen van beperkingen: 'the moral effect of a Covenant which stressed restrictions would be disastrous.'⁴⁵ In de internationale mensenrechtencatalogi zoals die uiteindelijk tot stand kwamen – niet alleen in VN-verband, maar ook op regionaal (Europees, Inter-Amerikaans en Afrikaans) niveau – worden echter door middel van verschillende technieken grenzen gesteld aan de mensenrechten en beperkingen opgelegd aan de uitoefening daarvan.

Een hanteerbaar systeem ter bescherming van fundamentele rechten en vrijheden van burgers zal een 'balans' moeten bieden tussen de vrijheid van het individu en de belangen van de rest van de gemeenschap, ten behoeve waarvan de staat optreedt.⁴⁶ Kernpunt daarbij is dat het systeem van begrenzing en beperking van individuele rechten zodanig moet zijn vormgegeven dat het daarmee gelegitimeerde staatsoptreden ook daadwerkelijk in dienst staat van het gemeenschapsbelang of (de versterking van) het collectief van vrijheden en belangen van de overige leden van de gemeenschap. De preambules van zowel het EVRM als het AVRVM geven hiertoe een aanzet in die zin dat uit beide teksten af te leiden valt dat staatsoptreden dient te geschieden in het belang van een democratische samenleving.⁴⁷ Daaruit vloeit dan voort dat staatsorganen de uitoefening van mensenrechten slechts mogen beperken voor zover dit noodzakelijk is voor het vervullen van de overheidsstaken in het belang van een democratische samenleving en in overeenstemming is met de *rule of law*.⁴⁸ Op welke wijze wordt deze 'balans' nu verwezenlijkt of nage-

45 VN Doc. E/CN.4/56 1947), p. 4. Ook in de literatuur is regelmatig betoogd dat afwijken of inperken van verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenverdragen ongepast zou zijn. Meer in het algemeen is wel gesteld dat de normen opgenomen in de mensenrechtenverdragen het karakter hebben van *ius cogens* (zie voetnoot 24 in hoofdstuk 1). Voor een aantal rechten geldt dit m.i. zeer zeker, het lijkt mij echter te ver gaan om aan alle rechten deze status toe te kennen. Vgl. Dinstein 1992, p. 17; Higgins 1976-1977, p. 282; Schwelb 1967, p. 946-975. In hoofdstuk 5 kom ik hier nog verder op terug.

46 Stein 1982, p. 123: 'Wherever individual fundamental rights and freedoms are guaranteed, this will give rise to the necessity of striking a fair balance between the freedom of the individual and the interests of the general public, the latter being expressed and guaranteed by the State.' Higgins 1976-1977, p. 281: '[I]t is necessary (...) for improved human rights to be matched by accommodations in favour of the reasonable needs for the State to perform its public duties for the common good.'

47 Stein 1982, p. 123.

48 De EVRM-preambule noemt de *rule of law* weliswaar niet expliciet als doelstelling van het verdrag, maar in de Straatsburgse jurisprudentie wordt aan het feit dat de *rule of law* in de preambule wel wordt vermeld als een onderdeel van de Europese 'common heritage' een zodanige waarde gehecht dat ook dit beginsel leidend dient te zijn bij de interpretatie van de bepalingen van het verdrag. Zie o.m. EHRM 21 februari 1975, *Series A* Vol. 18 (Golder/UK), § 34: 'The Court however considers, like the Commission, that it would be a mistake to see in this reference [naar de *rule of law* in de preambule – JPL] a merely "more or less rhetorical reference", devoid of relevance for those interpreting the Convention. One reason why the signatory Governments decided to "take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration" was

streeft door de begrenzings- en beperkingsbepalingen in de diverse mensenrechtenverdragen zelf?

4.4 METHODEN TER BEGRENZING EN BEPERKING VAN MENSENRECHTEN

Bij de begrenzing van de mensenrechten moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de grenzen aan de inhoud of de reikwijdte van de rechten en anderzijds de grenzen aan de uitoefening van die rechten. Voor dit laatste wordt doorgaans de term 'beperking van grondrechten' gehanteerd: het gaat om beperkingen die worden aangebracht op de mogelijkheden om een bepaald recht uit te oefenen.

Grenzen aan de inhoud of reikwijdte van een recht vloeien voort uit de formulering van het recht zelf of uit de 'interpretatieclausule' die aan het recht is toegevoegd.⁴⁹ Een voorbeeld van een begrenzing die is te vinden in de formulering van het recht zelf biedt artikel 11 EVRM. Dit artikel garandeert het recht op vrijheid van *vreedzame* vergadering. Vormen van niet-vreedzame vergadering vallen dus niet onder de bescherming van artikel 11. Artikel 4, derde lid, EVRM bevat een voorbeeld van een 'interpretatieclausule'. Dit artikel-lid bepaalt dat een aantal opgelegde werkzaamheden niet als (in het tweede lid verboden) dwangarbeid of verplichte arbeid worden beschouwd.⁵⁰

Grenzen aan de uitoefening van de rechten zijn in de eerste plaats te vinden in de 'algemene' beperkingsclausules, die bepalen dat de gewaarborgde rechten niet mogen worden uitgeoefend met als doel de rechten van anderen te niet te doen of meer te beperken dan voorzien in het betreffende verdrag. In de tweede plaats zijn er beperkingsclausules die verwijzen naar bepaalde activiteiten, zoals bijvoorbeeld de politieke activiteiten van vreemdelingen.⁵¹ Ten derde bevatten de mensenrechtenverdragen 'specifieke' beperkingsclausules verbonden aan een bepaald recht, die bepalen dat dit recht beperkt kan worden ten behoeve van een bepaald – nader omschreven – doel, zoals: de openbare veiligheid, het economisch welzijn, de voorkoming van strafbare feiten en de bescherming van de gezondheid of de goede zeden.⁵²

Ten aanzien van deze drie soorten van beperkingsclausules geldt overigens dat zij geen afbreuk kunnen doen aan het niveau van grondrechtenbescherming

their profound belief in the rule of law. It seems both natural and in conformity with the principle of good faith (Article 31 para. 1 of the Vienna Convention) to bear in mind this widely proclaimed consideration when interpreting the terms of Article 6 para. 1 (art. 6-1) according to their context and in the light of the object and purpose of the Convention.'

49 De term 'interpretatieclausule' is ontleend aan Stein 1982, p. 124.

50 Zie ook art. 8 lid 3 sub b en c IVBPR, artikel 7 lid 2 EVRM, artikel 15 lid 2 IVBPR.

51 Artikel 16 EVRM.

52 Zie het tweede lid van de artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM, het derde lid van artikel 2 Vierde Protocol EVRM, het eerste lid van artikel 14 IVBPR en het derde lid van de artikelen 12, 18 en 19 IVBPR.

zoals voorzien in het nationale recht van de betreffende verdragspartij of in een ander verdrag waarbij die staat partij is.⁵³ Min of meer los van de beperkingsclausules staan de – meer ingrijpende – mogelijkheden om bij toetreding tot een (mensenrechten)verdrag voorbehouden te maken ten aanzien van een of meer bepalingen,⁵⁴ om bepaalde verdragsverplichtingen tijdelijk op te schorten⁵⁵ en – als uiterste middel – om het verdrag op te zeggen.⁵⁶

Van welke techniek om mensenrechten te begrenzen in een verdrag gebruik wordt gemaakt, is hoofdzakelijk afhankelijk van het karakter van de verdragsverplichtingen. Waar sprake is van een ‘intentieverklaring’ of een ‘inspanningsverplichting’ als in de UVRM en het IVESCR, is volstaan met algemene beperkingsclausules. In de verdragen die verplichtingen met een dwingender karakter aan de staten opleggen (EVRM, IVBPR, AVRМ) is, naast die algemene beperkingsclausules, sprake van bijzondere beperkingsclausules en van een opschortingsbepaling voor noodsituaties.⁵⁷ Deze opschortingsbepalingen nemen een centrale plaats in binnen dit onderzoek en komen in het hoofdstuk 6 uitvoerig aan de orde. Dat wil echter niet zeggen dat de aanwezigheid of het ontbreken van bepaalde andere beperkingsmogelijkheden verder onbesproken blijft. Uiteraard levert de literatuur en jurisprudentie over de ‘normale’ beperkingsmogelijkheden van mensenrechten en de andere mogelijkheden voor staten om aan verdragsverplichtingen te ontkomen in een aantal gevallen relevante informatie op voor het onderzoeksonderwerp. Deze studie is echter geenszins bedoeld om ook van deze beperkingsmogelijkheden een volledig beeld te geven.⁵⁸ Wel wordt in het volgende hoofdstuk tamelijk uitvoerig stilgestaan bij de rol die het belang van de staatsveiligheid speelt binnen de ‘normale’ mogelijkheden tot beperking van de verdragsverplichtingen die de mensenrechtenverdragen bieden.

4.5 GRENZEN AAN DE INHOUD OF REIKWIJDTE VAN EEN BEPAALD RECHT: FORMULERING EN INTERPRETATIECLAUSULES

Met betrekking tot de begrenzing van de inhoud of reikwijdte van bepaalde rechten moet worden opgemerkt dat de mensenrechtenverdragen de daarin opgenomen rechten doorgaans niet zeer strikt definiëren. In sommige artikelen wordt echter wel aangegeven wat wel en niet tot het daarin gegarandeerde recht behoort. Hierboven wees ik al op het recht van *vreedzame* vergadering van artikel 11 EVRM en artikel 21 IVBPR. Andere voorbeelden zijn artikel 12

53 Zie art. 53 EVRM en art. 5 lid 2 IVBPR.

54 Zie artikel 64 EVRM, artikel 75 AVRМ.

55 Artikel 15 EVRM, artikel 4 IVBPR, artikel 27 AVRМ.

56 Zie artikel 58 EVRM en artikel 78 AVRМ. Het IVBPR kent geen bepaling inzake opzegging van het verdrag. Op de implicaties hiervan kom ik in § 4.8.3 nog terug.

57 Stein 1982, p. 124. Higgins 1976-1977, p. 286. Zie echter mijn opmerkingen in § 4.1.

58 Zie hierover uitgebreid: Schokkenbroek 1996 en Staal 1995.

EVRM, dat het recht om te huwen slechts formuleert voor mannen en vrouwen van *huwbare* leeftijd, en artikel 12 IVBPR, dat het recht zich vrijelijk te verplaatsen en een woonplaats te kiezen binnen het grondgebied van een staat voorbehoudt aan personen die zich *wettig* op het grondgebied van die staat bevinden.

Ook artikel 4 EVRM geeft een duidelijke grens aan van de inhoud van het recht, door in het derde lid vast te leggen dat de werkzaamheden die gewoonlijk worden vereist van gedetineerden en de militaire of vervangende dienstplicht niet worden aangemerkt als 'dwangarbeid of verplichte arbeid'. Hierboven werd dit artikellid reeds aangemerkt als een 'interpretatieclausule'.⁵⁹ De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst zoals omschreven door artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR bevat ook zo'n interpretatieclausule voor nadere bepaling van de inhoud van het recht: dit omvat mede de vrijheid een godsdienst of levensovertuiging te hebben of aanvaarden, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven zijn godsdienst of levensovertuiging tot uiting te brengen door eredienst, het onderhouden van de geboden en voorschriften, door praktische toepassing en het onderwijzen ervan (tekst IVBPR). De EVRM-tekst maakt daarbij nog extra duidelijk dat de vrijheid een godsdienst of levensovertuiging te hebben ook het recht om van godsdienst of levensovertuiging te wijzigen omvat.

Andere specifieke interpretatieclausules die de inhoud van een bepaald recht nader omschrijven zijn te vinden in artikel 2 EVRM, artikel 6 IVBPR en artikel 4 AVRVM (over het recht op leven, waarbij enerzijds beperkingen aan de inhoud worden gesteld – het recht op leven omvat geen verbod van de doodstraf – en anderzijds, althans in het AVRVM-artikel, het moment waarop de bescherming van het recht dient aan te vangen nader wordt bepaald: in het algemeen vanaf het moment van conceptie). Ook genoemd kunnen worden:

- artikel 5 EVRM (recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid);
- artikel 6, derde lid sub e, EVRM, artikel 14, eerste lid IVBPR en artikel 8, vijfde lid AVRVM (recht op een openbare terechtzitting);
- artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR en artikel 9 AVRVM (verbod van strafbaarstelling met terugwerkende kracht);
- artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (recht op eigendom); en
- artikel 22 IVBPR en artikel 11 EVRM (vrijheid van (vak)vereniging; deze omvat zowel de vrijheid om zich bij een vakvereniging aan te sluiten als er een op te richten).

En daarmee is het overzicht nog geenszins compleet.

Ook al is de inhoud van bepaalde rechten in de betreffende verdragsbepalingen nader omschreven, de exacte bepaling van de inhoud van de rechten

⁵⁹ Art. 6 lid 3 AVRVM is vrijwel identiek.

is – ook indien er sprake is van een nadere omschrijving in het verdragsartikel in de vorm van een interpretatieclausule, maar zeker indien daarvan geen sprake is – een kwestie van interpretatie en jurisprudentievorming door de toezichthoudende organen. In het algemeen lijkt de benadering van de toezichthoudende organen daarbij te zijn om de inhoud of reikwijdte van het recht ruim af te bakenen, zodat het overheidsoptreden, dat dan een inmenging in de uitoefening van het recht oplevert, getoetst kan worden op onder meer noodzakelijkheid en proportionaliteit. Loucaides wijst er echter op dat ondanks deze benadering vele malen door de ECieRM en het EHRM is beslist dat een bepaalde vermeende inmenging in een EVRM-recht buiten het door de EVRM-bepaling beschermde bestek viel.⁶⁰ Hij stelt dat '[i]nterpretation of the scope of a right is to some extent influenced by the facts of a case, especially by the degree of seriousness of the consequences of the particular situation to which the complaint refers.'⁶¹ Dit betekent volgens hem dat de interpretatie van de reikwijdte van een bepaald recht ook in de loop van de tijd kan veranderen of verschuiven in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen:

'Prevailing moral and social values and conditions influence the developing jurisprudence and determine the scope of the rights protected by the Convention. Depending on the flexibility of the relevant concepts and taking into consideration the values at stake, the case law may give a wider meaning to the terms used in order to cover a new situation, while in other cases the term is limited and its application excluded. Obviously the limits of the scope of particular rights are interwoven with changing social conditions and scientific and legal developments.'⁶²

Overheidsoptreden dat in een bepaalde periode en onder bepaalde maatschappelijke omstandigheden niet als een inmenging in enig grondrecht wordt beschouwd kan op een later tijdstip en onder gewijzigde omstandigheden eventueel wel als een inmenging in de grondrechtenuitoefening aangemerkt

60 Loucaides 1995, p. 180-181. Hij wijst daarbij met name op een reeks van zaken waarbij zonder succes werd betoogd dat bepaald overheidsoptreden een inmenging in de persoonlijke levenssfeer opleverde: de verplichting tot het dragen van veiligheidsriemen in auto's, de verplichting voor motorrijders en bromfietzers om een helm te dragen, de verplichting om een schooluniform te dragen, het verbod om op bepaalde plaatsen honden te houden en het verbod om op straat duiven te voeren. Ook kan gewezen worden op ECieRM 9 september 1992 (ontv.besl.), appl. no. 16810/90 (Reyntjes/Belgique), *NJCM-Bulletin* 1993, p. 337-341, m.nt. Heringa, waarin de Commissie de in België geldende legitimatieplicht niet aanmerkte als een inmenging in de privé-sfeer.

61 Loucaides 1995, p. 181.

62 Loucaides 1995, p. 182. In dit verband kan gewezen worden op EHRM 25 maart 1992, *Series A* Vol. 232-C (B./France), *NJCM-Bulletin* 1993, p. 74-83, m.nt. Zwaak, waarin anders dan in de eerdere vergelijkbare zaken Rees/UK en Cossey/UK de onmogelijkheid voor een transseksueel om geslachtsgegevens op een geboortebewijs en in de openbare persoonsadministratie gewijzigd te krijgen als een schending van artikel 8 EVRM (privé-leven) werd aangemerkt.

worden. De ECieRM en het EHRM hebben in dit verband meermalen benadrukt dat het EVRM beschouwd dient te worden als 'a living instrument'.

4.6 ALGEMENE BEPERKINGSCLAUSULES

Onder algemene beperkingsclausules worden die beperkingsbepalingen begrepen die niet gericht zijn op een bepaald recht. Een algemene beperkingsclausule die in vrijwel alle mensenrechtencatalogi voorkomt is de clausule die aangeeft dat de uitoefening van de gewaarborgde grondrechten niet mag geschieden met de bedoeling de rechten en vrijheden van anderen teniet te doen. Voorbeelden van een dergelijke anti-misbruikclausule zijn artikel 30 UVRM, artikel 17 EVRM, artikel 5 lid 1 IVBPR, artikel 5 lid 1 IVESCR, artikel 54 EU-Grondrechtenhandvest, artikel 27 ACHPR en artikel 32 AVRVM.⁶³ Voor wat betreft de UVRM en het EVRM, IVBPR en IVESCR ligt de reden voor opname van een dergelijke bepaling in de respectievelijke teksten in de relatieve politieke instabiliteit ten tijde van het opstellen van de verdragen en in de toen nog zeer levende herinnering aan de gruwelijkheden van de Tweede Wereldoorlog en de aanloop daar naartoe.⁶⁴ Voor het AVRVM, ACHPR en het EU-Grondrechtenhandvest, die alledrie van later datum zijn, geldt veeleer dat de bepaling met deze strekking is overgenomen uit de oudere mensenrechtenverdragen.⁶⁵

In zekere zin vormen deze bepalingen een uitdrukking van de gedachte van *streitbare Democratie* en 'keine Freiheit für die Feinde der Freiheit', waaraan ik reeds in § 2.4.9 aandacht besteedde. Jurisprudentie is het meest beschikbaar in de Europese context, over artikel 17 EVRM.⁶⁶ De ECieRM heeft artikel 17 consequent uitgelegd als een bepaling die gericht is op het behoud en vrije functioneren van de democratische instituties en de bescherming van die instituties tegen totalitaire groeperingen. Daarom heeft de beperkingsclausule van artikel 17 EVRM vooral betekenis ten aanzien van de politieke rechten en vrijheden (godsdienstvrijheid, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, vrijheid van vergadering en het kiesrecht; artikel 9-11 EVRM en artikel 3 Eerste Protocol EVRM) en minder ten aanzien de EVRM-bepalingen over de waarborgen bij vrijheidsbeneming en een eerlijk proces (artikel 5 en 6). Dit

63 Art. 17 EVRM luidt: 'Nothing in the Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention'. De andere bepalingen zijn vrijwel gelijklopend. Vgl. ook art. 29 lid 3 UVRM, dat qua bedoeling vergelijkbaar is met art. 30 UVRM.

64 Niet voor niets is een vergelijkbare bepaling ook te vinden in artikel 18 van de Duitse Grundgesetz van 1949.

65 Vgl. Rozakis 1999, p. 501.

66 Zie voor een uitvoerige studie over artikel 17 EVRM: Van Drooghenbroeck 2000, p. 139-198.

werd door het EHRM reeds duidelijk gemaakt in het *Lawless*-arrest (1961) Het Hof stelde dat artikel 17:

‘which is negative in scope, cannot be construed *a contrario* as depriving a physical person of the fundamental individual rights guaranteed by Articles 5 and 6 of the Convention. In the present instance Lawless has not relied on the Convention in order to justify or perform acts contrary to the rights and freedoms recognised therein but has complained of having been deprived of the guarantees granted in Articles 5 and 6 of the Convention.’⁶⁷

De ECieRM had in deze zaak reeds aangegeven dat zij er vrijwel van overtuigd was dat Lawless, die in 1956 in een procedure voor een Ierse rechter had toegegeven lid te zijn van de IRA, ten tijde van zijn arrestatie in 1957 (waarop zijn klacht in Straatsburg betrekking had) persoonlijk betrokken was bij terroristische activiteiten die op zich binnen het bestek van artikel 17 vielen, maar dat hij hiermee zijn mogelijkheid van een beroep op artikel 5 en 6 EVRM niet verspeelde:

‘Article 17 does not deprive persons who seek to destroy the rights and freedoms set forth in the Convention of the general protection of the rights and freedoms guaranteed therein. It merely precludes such persons from deriving from the Convention a right to engage in any activity or perform any act aiming at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention. This means, for example, that no one may invoke the right to freedom of thought, freedom of press or freedom of assembly and association for the purpose of destroying the free democratic order protected by the Convention. The rights set forth in Articles 5-6 of the Convention, on the other hand, are in no way diminished by Article 17. Thus, an agitator who pursues communist, fascist, national-socialist or, generally, totalitarian aims is entitled to avail himself of the provisions on procedure contained in Articles 5-6.’⁶⁸

Daarom verschilde de zaak *Lawless* in de ogen van de Commissie (en trouwens ook die van het Hof) nadrukkelijk van de eerdere zaak over de verbodenverklaring door de autoriteiten van de Duitse Bondsrepubliek van de *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD), omdat in die zaak door de KPD een beroep was gedaan op de artikelen 8, 9 en 10 EVRM en de uitoefening van die rechten gezien de doelstelling van de KPD – vestiging van een communistische maatschappijordening door middel van revolutie en een dictatuur van het proletariaat – zonder meer handelingen met zich zou brengen die gericht zouden zijn

67 EHRM 1 juli 1961, *Series A* Vol. 3 (Lawless/Ireland), p. 45 en 47, r.o. 7.

68 ECieRM 19 december 1959, appl.no. 332/57 (Lawless/Ireland), *Series B* 1960/61, p. 180.

op de vernietiging van de rechten en vrijheden zoals gewaarborgd door het EVRM.⁶⁹

Ook in de *De Becker*-zaak benadrukte de Commissie dat artikel 17 alleen in de weg kan staan aan het invoeren van de bescherming van bepaalde grondrechten indien bij de uitoefening van die grondrechten daadwerkelijk een bedreiging zou kunnen ontstaan voor de democratische instituties van de staat. De journalist De Becker was in juli 1946 veroordeeld vanwege collaboratie met de Duitsers tijdens de bezetting in de Tweede Wereldoorlog. Bij die veroordeling was hij als onderdeel van de straf voor het leven ontzet uit een aantal burgerrechten, zoals het actief en passief kiesrecht, het recht om deel te nemen aan de redactie of uitgave van een krant of andere publicatie en het recht om deel te nemen aan de organisatie van culturele, filantropische of sportieve activiteiten en van openbare gemakkelijkheden. De Commissie merkte hierover op:

‘In one sense, then, Article 17 is of somewhat limited scope: it applies only to persons who threaten the democratic system of the Contracting Parties and then to an extent strictly proportionate to the seriousness and duration of such threat. Accordingly, Article 17 cannot be used to deprive an individual of his rights and freedoms permanently merely because at some given moment he displayed totalitarian convictions and acted consequently. Certainly, Mr. De Becker’s past conduct may be considered as being within the meaning of Article 17 of the Convention even though it occurred before the Convention came into force. This does not mean, however, that the applicant is today estopped by the provisions of that Article unless he tries to abuse the freedom of expression which he claims.’⁷⁰

Ook het Hof achtte artikel 17 in de situatie van De Becker niet van toepassing, toetste de ontzetting uit de diverse burgerrechten gewoon aan artikel 10 EVRM en concludeerde dat niet alle grondrechtenbepalende maatregelen jegens De Becker gerechtvaardigd waren:

‘They are not justifiable in so far as the deprivation of freedom of expression in regard to non-political matters, which they contain, is imposed inflexibly for life without any provision for its relaxation when with the passage of time public morale and public order have been re-established and the continued imposition of that particular incapacity has ceased to be a measure “necessary in a democratic society”, within the meaning of Article 10, paragraph 2, of the Convention.’⁷¹

69 *Idem*, p. 45, r.o. 6 en ECieRM 20 juli 1957, appl.no. 250/57 (German Communist Party/FRG), *Yearbook ECHR 1955-1956-1957* (Vol. I), p. 222-225. De Commissie volgde een vergelijkbare redenering in ECieRM 11 oktober 1979, appl.no. 8348/78 en 8406/78 (Glimmerveen & Hagenbeek/The Netherlands), *D&R* Vol. 18, p. 187-197.

70 ECieRM 8 januari 1960, appl.no. 214/56 (De Becker/Belgium), *Series B* 1962, p. 137-138.

71 EHRM 27 maart 1962, *Series A* Vol. 4 (De Becker/Belgium), p. 12

Terughoudendheid bij de toepassing van artikel 17 bleek ook uit het EHRM-arrest *Lehideux & Isorni/France*. Hierin gaf het Hof aan dat slechts van ‘misbruik’ van de vrijheid van meningsuiting kan worden gesproken als het gaat om uitingen die aanzetten tot haat of anderszins de rechten en vrijheden van anderen trachten teniet te doen.⁷²

De tekst en strekking van artikel 17 EVRM spelen soms ook een rol bij de toetsing aan de bijzondere beperkingsclausules die in sommige EVRM artikelen zijn opgenomen, met name bij de bepaling of een bepaalde beperking noodzakelijk was in een democratische samenleving. Dit kwam onder meer naar voren in de zaak *Kühnen/FRG* waarin de ECieRM moest oordelen of de strafrechtelijke veroordeling van een journalist vanwege het publiceren van pamfletten waarin het herstel van de nationaal-socialistische staatsordening en de wederinvoering van het maken van onderscheid op grond van ras werden bepleit noodzakelijk was in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid en ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De Commissie verwees naar artikel 17 en stelde vervolgens:

‘[T]he Commission finds that the applicant is essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 of the Convention as a basis for activities which are (...), contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention. Under these circumstances the Commission concludes that the interference at issue was “necessary in a democratic society” within the meaning of Article 10 para. 2 (...) of the Convention.’⁷³

Het EHRM volgde een vergelijkbare koers in de hierboven reeds genoemde zaak *Lehideux & Isorni/France*. Beide klagers waren strafrechtelijk veroordeeld vanwege ‘openbare verdediging van oorlogsmisdrijven of collaboratie’, omdat zij in een krantenartikel bepaalde daden van Philippe Pétain hadden verdedigd

72 EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-VII (*Lehideux & Isorni/France*), § 37, waarin met instemming het oordeel van de ECieRM op dit punt wordt aangehaald: ‘In its decision on the admissibility of the application (see paragraph 30 above), the Commission expressed the opinion that Article 17 could not prevent the applicants from relying on Article 10. It considered that the advertisement which had given rise to the applicants’ conviction did not contain any terms of racial hatred or other statements calculated to destroy or restrict the rights and freedoms guaranteed by the Convention. As the Paris Court of Appeal had recognised in its judgment of 26 January 1990, the applicants’ object had been to secure revision of Philippe Pétain’s trial. Furthermore, it could not be deduced from the text that the applicants’ expression of their ideas constituted an “activity” within the meaning of Article 17.’

73 ECieRM 12 mei 1988, appl.no. 12194/86 (*Kühnen/FRG*) *D&R* Vol. 56, p. 205. Deze redenering hanteert de Commissie vrijwel altijd in zaken m.b.t. racistische of anti-semitische uitingen, zie ECieRM 29 maart 1993 (ontv.besl.), appl.no. 19459/92 (F.P./Germany), ECieRM 2 september 1994 (ont.besl.), appl.no. 21318/93 (*Ochsenberger/Austria*) en ECieRM 18 oktober 1995, appl.no. 25062/94 (*Honsik/Austria*).

en in een positief perspectief hadden geplaatst. Bij de beoordeling of de strafrechtelijke veroordeling een al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM opleverde en in reactie op het beroep op artikel 17 door de Franse regering, gaf het Hof aan:

‘The Court will rule on the application of Article 17 in the light of all the circumstances of the case. It will accordingly begin by considering the question of compliance with Article 10, whose requirements it will however assess in the light of Article 17.’⁷⁴

In het algemeen lijkt het EHRM, met name in de recentere jurisprudentie, nadrukkelijk geneigd om staatsoptreden jegens personen of organisaties jegens wie artikel 17 mogelijk zou kunnen worden toegepast, eerst te bezien in het licht van de ingeroepen grondrechten en de daarbij behorende beperkingsclausules om pas daarna te beoordelen of toepassing van artikel 17 eventueel aangewezen is (hetgeen dan zonder uitzondering niet het geval is). Illustratief is het arrest van de *Grand Chamber* van het Hof uit 2003 over de verbodenverklaring van de Turkse Welvaartspartij. Het Hof overweegt:

‘The freedoms guaranteed by Article 11, and by Articles 9 and 10 of the Convention, cannot deprive the authorities of a State in which an association, through its activities, jeopardises that State’s institutions, of the right to protect those institutions. In this connection, the Court points out that it has previously held that some compromise between the requirements of defending democratic society and individual rights is inherent in the Convention system. For there to be a compromise of that sort any intervention by the authorities must be in accordance with paragraph 2 of Article 11 (...). Only when that review is complete will the Court be in a position to decide, in the light of all the circumstances of the case, whether Article 17 of the Convention should be applied.’⁷⁵

En nadat het Hof tot de conclusie is gekomen dat de verbodenverklaring gerechtvaardigd was in het licht van artikel 11, tweede lid, EVRM acht het een nader oordeel over de toepassing van artikel 17 niet meer noodzakelijk.

De bovengenoemde anti-misbruikclausules uit de diverse mensenrechtencatalogi bevatten naast een algemene beperkingsbepaling ook een algemene begrenzing van de beperkingsbevoegdheid; de gegarandeerde rechten mogen niet verdergaand worden beperkt dan door het betreffende verdrag is toegestaan. Op dit element van de anti-misbruikclausules wordt dikwijls een beroep gedaan door klagers (althans voor zover het artikel 17 EVRM betreft), maar

74 EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-VII (Lehideux & Isorni/France), § 38. Vgl. ook EHRM 30 januari 1998, *RJ&D* 1998-I (United Communist Party of Turkey and Others/Turkey), § 32.

75 EHRM 13 februari 2003, *RJ&D* 2003-II (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey), § 96.

tot toetsing aan dit element van het artikel komt het zelden. Zowel wanneer ECieRM en EHRM een bepaalde beperking op de uitoefening van een van de in het EVRM gegarandeerde rechten gerechtvaardigd achten in het licht van de van toepassing zijnde bijzondere beperkingsclausule als wanneer zij de beperking juist ongerechtvaardigd achten, vinden zij een aparte toets aan dit onderdeel van artikel 17 in het algemeen onnodig.⁷⁶

Bij de algemene beperkingsclausules die voorkomen in de diverse mensenrechtencatalogi moeten ook artikel 29, tweede lid, UVRM, artikel 52, eerste lid, van het EU-Grondrechtenhandvest, artikel 4 IVESCR en artikel 30 AVRМ genoemd worden. Deze artikelen bevatten een algemene beperkingsbepaling die van toepassing is op alle in de betreffende documenten gegarandeerde rechten en stelt dat die slechts beperkt mogen worden voor zover dit bij wet is geregeld en niet in strijd komt met de aard van die rechten en uitsluitend geschiedt met het doel het algemeen welzijn in een democratische samenleving te bevorderen.⁷⁷ De terminologie van deze beperkingsbepaling bevat elementen die vergelijkbaar zijn met de bijzondere beperkingsclausules (die hieronder besproken zullen worden). Voor het overige is over de eerste drie artikelen eigenlijk geen jurisprudentie. Voor wat betreft artikel 29, tweede lid, UVRM is dit min of meer logisch, omdat de UVRM geen bindend verdrag is maar 'slechts' een beginselverklaring.⁷⁸ Datzelfde geldt vooralsnog voor het EU-Grondrechtenhandvest.⁷⁹ Over artikel 4 IVESCR is echter ook geen 'jurisprudentie' in de vorm van bijvoorbeeld een *General Comment* van het ESCR-Comité of duidelijke opmerkingen over de strekking van dit artikel in de *Concluding Observations* van het Comité naar aanleiding van de diverse statenrapportages. Vanwege het hierboven reeds besproken 'minder dwingende' karakter van de verplichtingen voor de partijstaten onder het IVESCR en de noodzaak van een geleidelijke implementatie daarvan ligt uitvoerige jurisprudentie over de algemene beperkingsbepaling van artikel 4 IVESCR ook bij deze bepaling minder voor

76 Vgl. Loucaides 1995, p. 211.

77 Art. 29 lid 2 UVRM luidt: 'In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.' Zie over het ontstaan van deze bepaling: Daes 1980, p 70-75, § 14-77.

Art. 4 IVESCR luidt: 'The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.'

78 Dit wordt doorgaans ook genoemd als reden waarom in de UVRM kon worden volstaan met een algemene beperkingsclausule. Zie Kiss 1981, p. 291.

79 Bij de definitieve vaststelling van een nieuw constitutioneel verdrag voor de EU zal het grondrechtenhandvest daarvan deel gaan uitmaken en daarmee een juridisch bindende status krijgen. De vaststelling hiervan is echter vooralsnog uitgesteld nadat bij referenda in Frankrijk en Nederland een meerderheid van de stemmers zich tegen goedkeuring van het verdrag keerde.

de hand. Bij de totstandkoming van het IVESCR was er reeds discussie over de vraag of een dergelijke beperkingsclausule gezien het karakter van de verdragsverplichtingen überhaupt wel noodzakelijk was.⁸⁰ Over artikel 30 AVRVM is wel een *advisory opinion* van het IAHRM gepubliceerd. Hierop zal ik echter nader ingaan bij de bespreking van de bijzondere beperkingsclausules in de volgende paragraaf.

Een laatste hier te noemen algemene beperkingsclausule is artikel 16 EVRM, welke aan de verdragspartijen nadrukkelijk toestaat om beperkingen op te leggen aan de politieke activiteiten van vreemdelingen.⁸¹ De reden voor het opnemen van deze bepaling in het EVRM wordt niet geheel duidelijk uit de *travaux préparatoires*, maar moet ongetwijfeld gezocht worden in dezelfde hoek als de redenen voor het opnemen van artikel 17, namelijk de relatieve politieke instabiliteit in de Europese staten kort na de Tweede Wereldoorlog en de vrees voor het herleven van politiek intolerante stromingen als fascisme en nationaal-socialisme. Artikel 16 wordt in het algemeen beschouwd als een bepaling die in potentie sterk afbreuk kan doen aan de bescherming van de in het EVRM gegarandeerde rechten voor zover het personen betreft die niet de nationaliteit hebben van de staat waarin zij verblijven.⁸² Tot dusverre is artikel 16 echter in de Straatsburgse jurisprudentie nog maar één enkele keer aan de orde gekomen, namelijk in de zaak *Piermont*.⁸³ In deze zaak ging het om de uitzetting van de Duitse Europarlementariër mevrouw Piermont uit Nieuw-Caledonië (Frans Polynesië). Zij had daar deelgenomen aan een demonstratie voor de onafhankelijkheid van Nieuw-Caledonië en tegen de nucleaire tests in het gebied, hetgeen door de Franse autoriteiten werd beschouwd als een onaanvaardbare inmenging in de binnenlandse aangelegenheden. Voor het Hof trachtte de Franse regering de uitzetting te rechtvaardigen onder verwijzing naar artikel 16 EVRM, maar het Hof wees een beroep op dit artikel jegens onderdanen van een EU-Lidstaat en zeker Europarlementariërs van de hand, mede omdat ook in Nieuw-Caledonië verkiezingen voor het Europees Parlement plaatsvinden.⁸⁴ Hiermee gaf het Hof dus een zeer terughoudende interpretatie van de, gezien de tekst van het artikel 16, op zich ruime mogelijkheden op de grondrechtenuitvoering door vreemdelingen aan banden te leggen.⁸⁵ In 1977 heeft de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa het Comité van Ministers van de Raad reeds opgeroepen stappen te ondernemen om artikel 16 uit het EVRM te schrappen.⁸⁶ Ook bij de ingrijpende wijziging van het EVRM door de inwerkingtreding van het Elfde Protocol in 1998 is dit

80 Zie de samenvatting van deze discussie in Daes 1990, p. 76-77, § 85-95.

81 Art. 16 EVRM luidt: 'Nothing in the Articles 10, 11, and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens.'

82 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 747-749.

83 EHRM 27 april 1995, *Series A* Vol. 314 (Piermont/France).

84 EHRM 27 april 1995, *Series A* Vol. 314 (Piermont/France), p. 24, § 64..

85 Zie hierover uitvoeriger: Baroch 2003.

86 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 750.

echter niet gebeurd, deze wijziging werd om redenen van politieke haalbaarheid bewust beperkt tot het toezichtmechanisme.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat het derde lid van artikel 56 EVRM nog een bepaling bevat die in de praktijk kan uitwerken als een algemene beperkingsclausule. Artikel 56 EVRM heeft betrekking op de territoriale werkingssfeer van het EVRM en bevat in het eerste lid de mogelijkheid dat een verdragsstaat het EVRM van toepassing verklaart op gebieden 'for whose international relations it is responsible'. Bedoeld worden koloniën of overzeese rijkdelen. Het derde lid bepaalt dat het EVRM in dergelijke gebieden zal worden toegepast 'with due regard (...) to local requirements'. Het EHRM-arrest *Py/France* van 11 januari 2005 vormt een voorbeeld van een geval waarin uit de toepassing van deze bepaling een beperking voortvloeit op één van de in het EVRM gegarandeerde rechten, namelijk het kiesrecht van artikel 3 Eerste Protocol.⁸⁷

4.7 BIJZONDERE BEPERKINGSCLAUSULES EN DE TOETSING DAARAAN

In de volgende artikelen wordt bescherming van de daar aan de orde zijnde grondrechten telkens onderworpen aan een clausule die specifiek betrekking heeft op de inperking van het betreffende grondrecht in het belang van bepaalde nader aangeduide doelen:

- de artikelen 6, eerste lid, 8, 9, 10 en 11 EVRM;
- artikel 1 Eerste Protocol EVRM, artikel 2 Vierde Protocol EVRM, artikel 1 Zevende Protocol EVRM;
- de artikelen 12, 13, 18, 19, 21 en 22 IVBPR;
- artikel 8 IVESCR;
- de artikelen 12, 13, 15, 16, 21, 22 en 23 AVRMR

Deze bijzondere beperkingsclausules vormen de belangrijkste categorie van beperkingen waaraan de in de betreffende artikelen opgesomde burger- en politieke rechten onderworpen zijn.⁸⁸ De jurisprudentie (met name de Europese) over deze bijzondere beperkingsclausules, alsmede de literatuur waarin die jurisprudentie geanalyseerd wordt, is zeer omvangrijk.⁸⁹ Ik beperk mij

⁸⁷ EHRM 11 januari 2005, appl.no. 66289/01 (*Py/France*), § 57-65. In deze zaak ging het om eisen die gesteld werden aan de verblijfsduur voor de toekenning van het kiesrecht in het Frans-Caribische rijkdeel Nieuw-Caledonië.

⁸⁸ Zoals hierboven reeds opgemerkt bevat art. 8 IVESCR over de (vak)verenigingsvrijheid eerder een 'klassiek' vrijheidsrecht dan een sociaal of economisch grondrecht.

⁸⁹ Ik noem hier slechts Bellekom 1990; Loucaides 1995, p. 183-201; Robertson & Merrills 1993, p. 195-204; Staal 1995, p. 51-92; Gomien, Harris & Zwaak 1996, p. 209-220; Van de Lanotte e.a. 1997, p. 197-211; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 761-772.

hier tot een zeer beknopte weergave van de inhoud en wijze van toetsing aan deze beperkingsclausules.

Het systeem van bijzondere beperkingsclausules zoals gehanteerd in diverse mensenrechtenverdragen is de resultante van één van de belangrijkste discussiepunten bij de totstandkoming van het EVRM en het IVBPR, namelijk over de vraag of in deze verdragen gekozen moest worden voor een nauwkeurige definiëring van de te garanderen rechten en tevens van de beperkingen daarop of juist aangesloten moest worden bij het systeem van de UVRM en dus volstaan moest worden met een eenvoudige opsomming van de door de verdragsstaten na te leven mensenrechten, eventueel gecombineerd met een enkele algemene beperkingsclausule.⁹⁰ Vanwege het feit dat de beide verdragen waren bedoeld als juridisch *bindend* instrument werd uiteindelijk (na de nodige discussie) geopteerd voor een tamelijk gedetailleerde juridische normering van de rechten en de daarbij geldende beperkingen om zo de aard en reikwijdte van de verdragsverplichtingen duidelijk te maken aan de (potentiële) verdragsstaten en een steviger houvast te bieden aan de organen die zouden moeten toezien op de naleving van de verdragen.

Deze keuze bij de totstandkoming van EVRM en IVBPR werkt ook door in het grotendeels op deze beide verdragen gebaseerde AVRVM en ook in artikel 8 IVESCR, want hoewel in dit laatste verdrag voor een andere structuur is gekozen, is bij dit betreffende artikel dat meer het karakter heeft van een vrijheidsrecht dan van een sociaal grondrecht in wezen de IVBPR-beperkingsstematiek gehanteerd. De structuur van alle hierboven opgesomde verdragsbepalingen met een bijzondere beperkingsclausule is dan ook in grote lijnen gelijk: in het eerste lid wordt het te garanderen grondrecht omschreven en in de tweede en soms verdere leden worden de beperkingen op de uitoefening van het betreffende recht geformuleerd.⁹¹

De aan de Staat verleende bevoegdheid om de in de eerste leden genoemde rechten te beperken is aan een aantal voorwaarden gebonden. Ten eerste moet de beperkingsmogelijkheid bij wet voorzien zijn (het wettigheidsbeginsel). Ten tweede moet de beperking nodig zijn met het oog op bepaalde beschermenswaardige belangen (de doelcriteria) en ten derde moet de beperking noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (de gedragscode).⁹² Op deze voor-

90 Zie hierover ook § 6.3 *infra*. Vgl. Staal 1995, p. 51-54.

91 De betreffende rechten worden vanwege deze beperkingsmogelijkheid ook wel aangeduid als 'relatieve rechten', in tegenstelling tot de 'absolute rechten' waarop in beginsel geen beperkingen mogelijk zijn. Zie o.m. Van de Lanotte e.a. 1997, p. 197-200. Bellekom 1990, p. 59-67, onderscheidt zelfs tussen niet-absolute aanspraken (rechten met een bijzondere beperkingsclausule), enkelvoudig-absolute aanspraken (rechten die onder normale omstandigheden niet aan beperkingen onderhevig zijn, maar waarvan in tijden van oorlog of een andere noodtoestand wel afgeweken mag worden) en tweevoudig-absolute aanspraken (*notstandsfeite* rechten; rechten waarvan ook in oorlog of een andere noodtoestand niet mag worden afgeweken).

92 De termen 'doelcriterium' en 'gedragscode' zijn in dit verband ontleend aan Burkens 1971.

waarden wordt hieronder nader ingegaan. Daarbij dient echter in het oog gehouden te worden dat toetsing aan deze voorwaarden uit de beperkingsclausules slechts aan de orde is indien er sprake is van een inmenging of inbreuk door de nationale autoriteiten (in de woorden van artikel 8, tweede lid, EVRM: 'interference by a public authority') in het desbetreffende gegarandeerde recht. Of van een zodanige inmenging/inbreuk sprake is, is afhankelijk van de (interpretatie van) de reikwijdte van het betreffende recht. Bij die reikwijdtebepaling spelen uiteraard (indien aanwezig) interpretatieclausules als hierboven omschreven een rol. Tevens is echter⁹³ sprake van een zogenaamde 'dynamische interpretatie' door de toezichhoudende organen, waarbij het verdrag beschouwd wordt als 'a living instrument' waarvan de bepalingen uitgelegd moeten worden in het licht van 'present day conditions' en 'developments in social and political attitudes'.⁹⁴ Dit maakt in het bijzonder grondrechten als het recht op privacy, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de uitingsvrijheid en de verenigingsvrijheid tot dynamische concepten, waarvan de reikwijdte kan wijzigen bij veranderende maatschappelijke of technische omstandigheden.⁹⁵ Desalniettemin is de vaststelling of sprake is van een inmenging/inbreuk, een overheids-handeling die een bepaald grondrecht in een bepaalde mate beperkt, doorgaans redelijk eenvoudig.⁹⁶ Aan de hand van bovenvermelde en hieronder nader te bespreken voorwaarden uit de beperkingsclausule moet vervolgens worden beoordeeld of de inmenging/inbreuk gerechtvaardigd is. In geval van een niet-gerechtvaardigde inmenging/inbreuk in een bepaald recht is sprake van schending van het verdrag.

4.7.1 Het wettigheidsbeginsel

Het wettigheidsbeginsel komt in de bijzondere beperkingsclausules in de diverse verdragen in verschillende bewoordingen voor. De artikelen 9, 10 en 11 EVRM stellen dat een inbreuk 'prescribed by law' moet zijn. In artikel 8 EVRM, artikel 2 Vierde Protocol en artikel 1 Zevende Protocol wordt gesproken van 'in accordance with the law'. Uit de EHRM-jurisprudentie blijkt echter dat aan deze verschillende formuleringen geen consequenties verbonden zijn: de

93 Het meest duidelijk in de EVRM-jurisprudentie.

94 De hier gehanteerde terminologie is afkomstig uit de jurisprudentie van ECieRM en EHRM. Hoewel in het kader van het IVBPR en AVRVM soms wat andere bewoordingen worden gebruikt, is het beoordelingsstroomien van het VN-Mensenrechtencomité en het IAHRM echter vrijwel gelijk.

95 Deze dynamiek brengt eveneens met zich dat de overheid in het kader van de verzekering van die rechten niet alleen gehouden kan zijn om zich van bepaalde gedragingen te onthouden, maar juist ook om actief op te treden ter verwezenlijking van die rechten.

96 Van de Lanotte e.a. 1997, p. 202.

betekenis is gelijk⁹⁷ en houdt in dat de overheidsinmenging een basis dient te hebben in het nationale recht van de verdragsstaat ('some basis in domestic law'). Het begrip 'law' moet hierbij niet begrepen worden als wet in formele zin, maar in de ruimere betekenis van materiële regelgeving: ook lagere regelingen (eventueel van decentrale overheden), uitvoeringsbesluiten, interne reglementen, geschreven zowel als ongeschreven recht en in de rechtspraak uitgekristalliseerde regels, worden hieronder verstaan.⁹⁸

Om als 'law' in de zin van het EVRM te kunnen worden aangemerkt moet deze materiële regelgeving echter wel aan bepaalde kwaliteitsvereisten voldoen, met name het vereiste van 'toegankelijkheid' en het vereiste van 'voorzienbaarheid'.⁹⁹ De justitiabele moet zich op basis van het geldende nationale recht en in bepaalde gevallen met behulp van deskundig juridisch advies een duidelijke en precieze voorstelling kunnen vormen van wat hem bij de uitoefening van de desbetreffende vrijheid te wachten staat. Hij zal zijn gedrag daarop moeten kunnen afstemmen (*foreseeability*). Nu heeft het EHRM hierbij herhaaldelijk aangegeven dat het onmogelijk is bij het opstellen van regelgeving altijd volledig nauwkeurig te zijn: de mate van nauwkeurigheid zal afhankelijk zijn van het specifieke onderwerp van de regelgeving.¹⁰⁰ Veel wetten laten onvermijdelijk ruimte voor een zekere beoordelingsvrijheid. Het Hof meent echter – mede in het licht van het algemene, aan het EVRM ten grondslag liggende, rechtsbeginsel van de *rule of law* – dat (a) wetgeving die beoordelingsruimte laat een indicatie moet bevatten over de omvang van die beoordelingsruimte¹⁰¹ en (b) er in het rechtssysteem voldoende waarborgen aanwezig moeten zijn om individuen te beschermen tegen willekeurige inbreuken op hun rechten door de overheid.¹⁰²

Deze waarborgen hoeven echter niet altijd in de tekst van de betreffende wettelijke regeling zelf te zijn neergelegd: de vereiste duidelijkheid en nauwkeurigheid van de regels kan ook geboden worden door de toelichting bij de wettelijke regeling of door nadere interpretatie daarvan in gepubliceerde rechterlijke uitspraken.¹⁰³ Bescherming van het individu tegen willekeur van

97 EHRM 25 maart 1983, *Series A* Vol. 61 (Silver e.a./UK), p. 32-33; EHRM 2 augustus 1984, *Series A* Vol. 82 (Malone/UK), p. 31. In de Franse authentieke tekst van het EVRM wordt in alle vermelde gevallen de term 'prévue par la loi' gebruikt.

98 Zie o.m. EHRM 26 april 1979, *Series A* Vol. 30 (Sunday Times/UK, No. I), p. 30-31, § 47; EHRM 24 april 1990, *Series A* Vol. 176-A (Kruslin/France), § 28-29; EHRM 24 april 1990, *Series A* Vol. 176-B (Huvig/France), § 27-28.

99 Zie o.m. EHRM 26 april 1979, *Series A* Vol. 30 (Sunday Times/UK), § 49 en EHRM 4 mei 2000, *RJ&D 2000-V* (Rotaru/Romania), § 52.

100 Zie o.m. EHRM 2 augustus 1984, *Series A* Vol. 82 (Malone/UK), § 68.

101 Zie o.m. EHRM 25 maart 1983, *Series A* Vol. 61 (Silver and others/UK), § 88-89. Een onbegrensde beoordelingsvrijheid voor de uitvoerende of rechterlijke macht acht het Hof uit den boze, zie EHRM 2 augustus 1984, *Series A* Vol. 82 (Malone/UK), § 68.

102 Zie o.m. EHRM 2 augustus 1984, *Series A* Vol. 82 (Malone/UK), § 67.

103 Zie o.m. EHRM 25 maart 1983, *Series A* Vol. 61 (Silver e.a./UK), § 88-89 en EHRM 4 juni 2002, appl.no. 33129/96 (Olivieira/Netherlands), § 50-59.

de zijde van de overheid vereist echter wel dat de wet zodanig 'clear in its terms' is dat de burger daaraan voldoende houvast heeft om te kunnen begrijpen – indien noodzakelijk met behulp van een gepast advies – onder welke omstandigheden de overheid een bepaalde bevoegdheid die inbreuk maakt op een grondrecht uit mag oefenen en aan welke voorwaarden die bevoegdheidsuitoefening dan gebonden is.¹⁰⁴ Bovendien brengt de eis van voldoende waarborgen tegen willekeur met zich dat het rechtssysteem moet voorzien in de aanwezigheid van juridische procedures om vermeend willekeurige inbreuken op fundamentele rechten aan te vechten.¹⁰⁵

Met toegankelijkheid bedoelt het EHRM dat de justitiabele in een bepaald geval over voldoende gegevens dient te kunnen beschikken met betrekking tot de regels die van belang en toepasselijk zijn (*accessibility*). Met andere woorden: de regels waarop de inbreukmakende overheidsoptreden gebaseerd is, moeten op afdoende wijze zijn gepubliceerd of bekend gemaakt, zodat het publiek er kennis van kan nemen.¹⁰⁶

In het IVBPR komt het wettigheidsbeginsel, net als in het EVRM, in enigszins verschillende bewoordingen in diverse bepalingen voor (artikel 18, derde lid: 'prescribed by law'; artikel 19, tweede lid: 'provided by law; artikel 21: 'imposed in conformity with the law'). Hoewel bij de totstandkoming van het IVBPR in de diverse VN-gremia tamelijk uitvoerig is gediscussieerd over de keuze van deze verschillende bewoordingen,¹⁰⁷ is in de praktijk van het VN-Mensenrechtencomité tot dusverre nog niet gebleken van een relevant verschil tussen deze bewoordingen voor de beoordeling van door de overheid opgelegde beperkingen aan de uitoefening van de betreffende grondrechten. Sterker nog, aan het wettigheidsbeginsel is in de 'jurisprudentie' van het Mensenrechtencomité (bespreking van statenrapporten, opinies naar aanleiding van individuele klachten en *general comments*) überhaupt nog nauwelijks expliciete aandacht besteed.¹⁰⁸ De meest uitgewerkte visie van het Mensenrechtencomité

104 Zie o.m. EHRM 2 augustus 1984, *Series A* Vol. 82 (Malone/UK), § 67-68; EHRM 24 april 1990, *Series A* Vol. 176-A (Kruslin/France), § 30.

105 Zie o.m. EHRM 2 augustus 1984, *Series A* Vol. 82 (Malone/UK), § 67-68 en EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (Leander/Sweden), § 51. De eis of in het nationale rechtssysteem voorzien is in voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik van bevoegdheid en willekeurige inbreuk op fundamentele rechten wordt in de uitspraken van het EHRM veelal niet behandeld in het kader van de foreseeability-eis, maar in het kader van een toets aan artikel 13 EVRM, vgl. EHRM 6 september 1978, *Series A* Vol. 28 (Klass and others/FRG), § 50 en 55-56.

106 Zie o.m. EHRM 25 maart 1983, *Series A* Vol. 61 (Silver e.a./UK), § 86-87 en EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (Leander/Sweden), § 50. Dit betekent overigens niet dat alle regels voor iedereen toegankelijk dienen te zijn: de toegankelijkheid dient gegarandeerd te zijn voor die personen voor wie de regelgeving specifiek relevant is, zie EHRM 28 maart 1990, *Series A* Vol. 173 (Gropper Radio AG and others/Switzerland), § 68.

107 Svensson-McCarthy 1998, p. 59-63, geeft een overzicht van de totstandkoming van deze verschillende bewoordingen.

108 Svensson-McCarthy 1998, p. 63-64

over de bijzondere beperkingsclausules en dus ook over het wettigheidsbeginsel is te vinden in *General Comment No. 27* over de verplaatsings- en vestigingsvrijheid van artikel 12 IVBPR.¹⁰⁹ In dit *general comment* worden enkele algemene principes die de bijzondere beperkingsclausules gemeen hebben besproken, zodat de betekenis van dit *comment* zich uitstrekt buiten de grenzen van artikel 12.¹¹⁰ In § 12 van het *general comment* geeft het Mensenrechtencomité aan dat het wettigheidsbeginsel eist dat '[t]he law itself has to establish the conditions under which the rights may be limited'. Welke soorten van regels of beslissingen dan als 'law' beschouwd worden geeft het Comité echter niet aan, wel formuleert het enkele globale kwaliteitseisen waaraan een 'law' moet voldoen wil er een beperking van enig IVBPR-recht op gebaseerd kunnen worden:

'In adopting laws providing for restrictions permitted by article 12, paragraph 3, States should always be guided by the principle that the restrictions must not impair the essence of the right (cf. art. 5, para. 1); the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed. The laws authorizing the application of restrictions should use precise criteria and may not confer unfettered discretion on those charged with their execution.'¹¹¹

In *General Comment No. 16* – over artikel 17 IVBPR – gaf het Comité al eerder aan dat een inbreuk op het recht op privacy 'authorized by States can only take place on the basis of law, which itself must comply with the provisions aims and objectives of the Covenant'.¹¹² Over aspecten als de publicatie, de toegankelijkheid en de duidelijkheid van de 'law' heeft het Mensenrechtencomité zich echter tot dusverre nog nooit uitgelaten. Desalniettemin lijkt, simpelweg op basis van de diverse gehanteerde bewoordingen en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, de conclusie gerechtvaardigd dat een grondrechtenbeperkende 'law' ook vanuit IVBPR-perspectief voldoende gedetailleerd geformuleerd moet zijn om zowel voor de betrokken burgers als de autoriteiten voldoende richting te kunnen geven aan hun gedragingen.¹¹³

In de bijzondere beperkingsclausules van het AVRVM treffen we wederom verschillende bewoordingen aan voor het wettigheidsbeginsel: 'expressly established by law' in artikel 13, tweede lid, 'in conformity with the law' in artikel 15, 'established by law' in artikel 16, tweede lid, 'in the cases and according to the forms established by law' in artikel 21, tweede lid, 'pursuant to a law' en 'restricted by law' in artikel 22. Over deze bewoordingen is in

109 *General Comment No. 27* werd vastgesteld in 1999 en is opgenomen in VN-doc. HRI/GEN/1/Rev.5, p. 163-168.

110 Hanski & Scheinin 2003, p. 4.

111 *General Comment No. 27*, § 13.

112 *General Comment No. 16* werd vastgesteld in 1988 en is opgenomen in VN-doc. HRI/GEN/1/Rev.5, p. 129-131.

113 Svensson-McCarthy 1998, p. 66.

de totstandkomingsgeschiedenis van het AVRМ nauwelijks discussie gevoerd.¹¹⁴ Aan de betekenis van het begrip 'law' is door het IAHRM echter wel expliciet aandacht besteed. Dit begrip komt namelijk ook voor in de algemene beperkingsclausule over de reikwijdte van beperkingen op de AVRМ-rechten (artikel 30 AVRМ):

'The restrictions that, pursuant to this Convention, may be placed on the enjoyment or exercise of the rights or freedoms recognized herein may not be applied except in accordance with the laws enacted for reasons of general interest and in accordance with the purpose for which such restrictions have been established.'

Over het begrip 'laws' in dit artikel heeft het IAHRM, op verzoek van de Uruguayaanse regering, in 1986 een *advisory opinion* opgesteld, waarin het aangeeft dat het begrip 'law'

'means a general legal norm tied to the general welfare, passed by democratically elected legislative bodies established by the Constitution, and formulated according to the procedures set forth by the constitutions of the States Parties for that purpose'.¹¹⁵

Het IAHRM meent dat het begrip 'laws' als verdragsterm een min of meer autonome betekenis heeft die niet alleen aan de hand van het nationale recht bepaald kan worden, maar mede moet worden beoordeeld in het licht van het specifieke karakter van het AVRМ als systeem ter bescherming van mensenrechten, hetgeen noodzakelijkerwijs met zich brengt dat de overheidsbevoegdheden aan beperkingen gebonden zijn.¹¹⁶ Hieruit vloeit dan volgens het Hof voort dat het essentieel is dat

'state actions affecting basic rights not be left to the discretion of the government but, rather, that they be surrounded by a set of guarantees designed to ensure that the inviolable attributes of the individual not be impaired'.¹¹⁷

Ter waarborging hiervan en ter voorkoming van willekeur aan de zijde van de overheid benadrukt het Hof dat 'restrictions to basic rights' slechts kunnen worden voortvloeien uit 'a law passed by the legislature in accordance with the Constitution'.¹¹⁸ Tevens stelt het Hof eisen aan zowel de inhoudelijke kwaliteit als de totstandkoming van die 'law':

114 Svensson-McCarthy 1998, p. 67.

115 IAHRM 9 mei 1986, Advisory Opinion OC-6/86 (The Word 'Laws' in Article 30 of the American Convention on Human Rights), *Series A* No. 6, p. 37.

116 *Idem*, p. 28-29, § 19 en 21.

117 *Idem*, p. 29-30, § 22.

118 *Idem*, p. 29-30, § 22-23. Het IAHRM ziet dit als een explicitering van het meer algemene legaliteitsbeginsel dat eist dat overheidsoptreden, in ieder geval waar dit een inbreuk op de vrijheid van de burgers oplevert, een wettelijke grondslag heeft.

'Law in a democratic state is not merely a mandate of authority cloaked with certain necessary formal elements. It denotes a content and is directed towards a specific goal. The concept of "laws" referred to in Article 30, interpreted in the context of the Convention and in the light of its object and purpose, cannot be examined solely in terms of the principle of legality (...). In the spirit of the Convention, this principle must be understood as one in which general legal norms must be created by the relevant organs pursuant to the procedures established in the constitutions of each State Party, and one to which all public authorities must strictly adhere. In a democratic society, the principle of legality is inseparably linked to that of legitimacy by virtue of the international system that is the basis of the Convention as it relates to the "effective exercise of representative democracy," which results in the popular election of legally created organs, the respect of minority participation and the furtherance of the general welfare (...)

The "laws" referred to in Article 30 are, therefore, normative acts directed towards the general welfare, passed by a democratically elected legislature and promulgated by the Executive Branch. This meaning is fully consistent with the general context of the Convention, in line with the philosophy of the inter-American system. Only formal law, as the Court understands that term, can restrict the enjoyment and exercise of the rights recognized by the Convention.¹¹⁹

Met deze *Advisory Opinion* heeft het IAHRM niet alleen het begrip 'laws' uit artikel 30 AVRVM willen verduidelijken, maar tevens een houvast willen bieden voor de bijzondere beperkingsclausules in het AVRVM waarin het woord 'law' of een vergelijkbare term voorkomt.¹²⁰

Uit het bovenstaande moge duidelijk zijn geworden dat het wettigheidsbeginsel het meest uitvoerig is uitgewerkt in de EVRM- en AVRVM-jurisprudentie en dat die uitwerking in grote lijnen met elkaar overeenkomt, al wordt door het IAHRM wel een 'strengere' norm aangelegd met betrekking tot de democratische legitimatie van de 'law': het IAHRM meent immers dat alleen wetten in formele zin aan het wettigheidsbeginsel voldoen.¹²¹ Hieronder zullen we echter zien dat het element van democratische legitimatie in de EHRM-jurisprudentie vooral naar voren komt in het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid van een grondrechtenbeperking.

Samenvattend kan worden gezegd dat het wettigheidsbeginsel ten minste een viertal elementen omvat: (1) beperkingen op de uitoefening van grondrechten moeten gebaseerd zijn op algemeen toepasbare, vooraf vastgestelde, wettelijke regels; (2) deze wettelijke regels moeten verenigbaar zijn met de doelstellingen en normen opgenomen in de internationale mensenrechtenverdragen; (3) zij moeten op voldoende toegankelijke wijze gepubliceerd zijn en nauwkeurig en duidelijk genoeg zijn geformuleerd, zodat het gedrag erop kan worden afgestemd en (4) de regelgeving moet voldoende waarborgen bevatten tegen

119 *Idem*, p. 35, § 32-33.

120 *Idem*, p. 27-18, § 17.

121 Klaarblijkelijk voelde het IAHRM zich bij het opstellen van zijn opinie, anders dan het EHRM, niet gehinderd door de wens om rekening te houden met *common law*-stelsels.

misbruik en willekeur, met name als die (ruime) discretionaire bevoegdheden laat aan bestuurlijke of rechterlijke autoriteiten.¹²²

4.7.2 De doelcriteria

Als tweede vereiste waaraan een inbreuk op een van de gagarandeerde rechten moet voldoen geldt dat deze moet dienen ter bescherming van een (in de woorden van het EHRM) 'legitimate aim', namelijk ter bescherming van één of meer van de in de bijzondere beperkingsclausule opgenomen rechtsbelangen. De opsomming van de in aanmerking komende belangen verschilt enigszins van verdrag tot verdrag en van artikel tot artikel, maar komt in grote lijnen toch overeen. In de diverse beperkingsclausules komen we de volgende rechtsbelangen tegen: 'national security', 'territorial integrity', 'public safety', 'public interest', 'the economic well-being of the country', 'protection of public order', 'prevention of disorder and crime', 'protection of (public) health and morals', 'rights and freedoms (and reputation) of others', 'preventing the disclosure of information received in confidence', 'maintaining the independence and impartiality of the judiciary', 'general interest' en 'to secure the payment of taxes or other contributions or penalties'.¹²³

Niet in elke beperkingsclausule is de lijst van rechtsbelangen even uitgebreid en ik zal hier niet uitvoerig ingaan op de verschillen in de opsomming van rechtsbelangen tussen de diverse artikelen en op de exacte betekenis van al die afzonderlijke rechtsbelangen. Wat wel van belang is, is dat die opsomming van rechtsbelangen in elk artikel steeds limitatief bedoeld is¹²⁴ en eng

122 Svensson-McCarthy 1998, p. 93.

123 De laatste twee zeer ruime doelcriteria zijn opgenomen in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en hebben betrekking op beperkingen t.a.v. de bescherming van het eigendomsrecht.

124 In ieder geval in de EVRM-jurisprudentie is de gedachte van zogenaamde 'inherent limitations' – d.w.z. impliciete beperkingen die niet zijn terug te voeren op de in het verdrag vermelde gronden, maar voort zouden vloeien uit bepaalde algemene beginselen of rechts-situaties (zoals het in een bijzondere rechtspositie ten opzichte van de overheid verkeren van o.m. gevangenen en ambtenaren) – afgewezen t.a.v. die rechten die voorzien zijn van een bijzondere beperkingsclausule (EHRM 21 februari 1975, *Series A* Vol. 18 (Golder/UK), § 44). Wel kan een situatie als het verkeren in een bijzondere rechtspositie reden zijn voor het aannemen van een ruime(re) 'margin of appreciation' voor de nationale autoriteiten bij de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een inbreukmakende maatregel (waarover hieronder meer), zie o.m. Bellekom 1990, p. 63-65 en Van de Lanotte e.a. 1997, p. 207-211 met verwijzingen naar jurisprudentie en verdere literatuur. Opvallend is echter dat in het arrest *Kalaç/Turkey* uit 1997 overwegingen voorkomen die in hun praktische uitwerking wel heel dicht in de buurt komen van het concept van 'inherent limitations'. Het ging in deze zaak om het verplicht met vervroegd pensioen sturen van een Turkse legerofficier vanwege zijn lidmaatschap van dan wel steun aan een Islamitische sekte die de seculiere basis van de Turkse staat niet zou respecteren. Het Hof overwoog: '[W]hile religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia,

geïnterpreteerd dient te worden.¹²⁵ Genoteerd zij tevens dat van de hierboven opgesomde rechtsbelangen 'public safety', 'public health and morals', 'the prevention of disorder and crime' en 'the protection of the reputation or rights and freedoms of others' in vrijwel alle beperkingsclausules voorkomen en dat in sommige bijzondere beperkingsclausules het belang van de 'national security' genoemd wordt. Aangezien dit belang van de nationale veiligheid als beperkingsgrond voor grondrechten onder 'gewone' omstandigheden hoogstwaarschijnlijk raakvlakken heeft met de bescherming van de staatsveiligheid die in buitengewone omstandigheden reden kan zijn om bepaalde grondrechtelijke verdragsverplichtingen geheel op te schorten, wordt in hoofdstuk 5 nader stilgestaan bij de precieze betekenis van het begrip 'national security' en de verhouding tussen deze beperkingsgrond en andere beperkingsgronden die te maken met de handhaving van de openbare orde in meer brede zin.

4.7.3 De gedragscode

Waar het wettigheidsbeginsel en de doelcriteria zijn aan te merken als relatief 'formele' criteria waaraan een inbreuk op een bepaald grondrecht moet voldoen, wordt met de gedragscode 'necessary in a democratic society' een meer 'materiële' voorwaarde gesteld aan het overheidsoptreden dat inbreuk maakt. In de bijzondere beperkingsclausules in het EVRM is de verwijzing naar de democratische samenleving pas in een laat stadium van de voorbereiding in de concept-verdragstekst opgenomen.¹²⁶ De *travaux préparatoires* van het EVRM geven echter niets aan over het waarom van deze toevoeging. Datzelfde is

freedom to manifest one's religion not only in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares, but also alone and in private (...). Article 9 lists a number of forms which manifestation of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance. Nevertheless, Article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief. Moreover, in exercising his freedom to manifest his religion, an individual may need to take his specific situation into account. (...) In choosing to pursue a military career Mr Kalaç was accepting of his own accord a system of military discipline that by its very nature implied the possibility of placing on certain of the rights and freedoms of members of the armed forces limitations incapable of being imposed on civilians (see the Engel and Others v. the Netherlands judgment (...)). States may adopt for their armies disciplinary regulations forbidding this or that type of conduct, in particular an attitude inimical to an established order reflecting the requirements of military service.' Vervolgens concludeerde het Hof (anders dan de Commissie) dat het ontslag van Kalaç geen inmenging in zijn godsdienstvrijheid opleverde en dus buiten het bereik van de bescherming van artikel 9 EVRM viel (EHRM 1 juli 1997, *RJ&D* 1997-IV (Kalaç/Turkey), § 27-31. Zie Cameron 2000, p. 350-353, voor een kritische bespreking van deze zaak.

125 Zie o.m. EHRM 6 september 1978, *Series A* Vol. 28 (Klass e.a./FRG), p. 21, § 42; EHRM 25 februari 1993, *Series A* Vol. 256-A (Funke/FRG), p. 24, § 55; EHRM 25 februari 1993, *Series A* Vol. 256-B (Crémieux/France), p. 62, § 38; EHRM 25 februari 1993, *Series A* Vol. 256-C (Mialhe/France), p. 89, § 36.

126 Staal 1995, p. 45.

het geval voor wat betreft het voorkomen van deze term in het IVBPR en het AVR. Elens meent dat de herkomst van de verwijzing naar een democratische samenleving gezocht moet worden in artikel 29, tweede lid, UVRM, waar dit begrip ook voorkomt. Volgens haar werd tijdens de debatten in de VN-Commissie voor de rechten van de mens over deze UVRM-bepaling de verwijzing naar het woord 'samenleving' verdedigd op grond van de noodzaak om de sociale functie van mensenrechten te benadrukken en tegelijkertijd de plichten van het individu binnen die samenleving te rechtvaardigen. Voorts zou de opname van het woord 'democratische' vooral ingegeven zijn door de angst voor het fascisme van voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog.¹²⁷ De verwijzing naar een 'democratische samenleving' in artikel 29 UVRM zou dan geïnterpreteerd kunnen worden als een verwijzing naar een stelsel van sociale relaties, dat is gebaseerd op politieke vrijheden en individuele rechten, en waarin ieder zich bewust is dat elk recht een verplichting impliceert tegenover de lokale, nationale en internationale samenleving.¹²⁸ Elens veronderstelt dat ook de EVRM-opstellers aan de term 'in een democratische samenleving' een vergelijkbare betekenis beoogden toe te kennen.¹²⁹ Met betrekking tot de term 'in a democratic society' in het IVBPR geven de *Siracusa Principles* blijk van een vergelijkbare opvatting. *Principle 21* stelt dat, nu er geen eenduidig model van een democratische samenleving bestaat, aangenomen mag worden dat een samenleving die de in het VN-Handvest en de UVRM opgenomen mensenrechten erkent en respecteert, voldoet aan de definitie. Reeds in de 'vroegere' EHRM-jurisprudentie heeft het Hof duidelijk gemaakt dat een 'democratische samenleving' gekenmerkt wordt door 'pluralism, tolerance and broadmindedness' en dat de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst een 'essential foundation' van zo'n samenleving vormen.¹³⁰ In latere jurisprudentie is daaraan toegevoegd dat democratie het enige politieke model is dat verenigbaar is met het EVRM en dat een democratische samenleving gepaard gaat met een diversiteit aan politieke partijen¹³¹ alsmede met een zekere neutraliteit van de overheid ten aanzien van de binnen de staat naast elkaar bestaande religieuze stromingen en levensbeschouwingen (waarbij

127 Elens 1981, p. 167-173. Zie uitvoeriger Garibaldi 1984, p. 29-68 en Marks 1995(b), p. 210-221 en 228-234.

128 Vgl. Daes 1990, p. 70-75. Zij merkt op dat de tekst van art. 29 lid 2 UVRM o.m. verdedigd werd met de stelling dat de bedoeling van deze bepaling niet zozeer was om de reikwijdte van de mensenrechten te beperken als wel om de democratische staat de noodzakelijke middelen te geven om de uitoefening van individuele rechten voor een ieder, zonder nodeloze aantasting van andermans rechten, te garanderen (p. 73). Het ging erom te benadrukken dat de uitoefening van ieder recht verplichtingen met zich brengt (p. 72).

129 Elens 1981, p. 167-173.

130 EHRM 7 december 1976, *Series A* Vol. 24 (Handyside/UK), p. 22-23, § 49. Zie o.m. ook EHRM 23 september 1993, *Series A* Vol. 298 (Jersild/Denmark), p. 26, § 37.

131 O.m. EHRM 30 januari 1998, *RJ&D* 1998-I (United Communist Party and Others/Turkey), § 45.

de overheid een positieve verplichting heeft om de diverse religieuze en politieke stromingen in harmonie met elkaar te laten omgaan).¹³²

Met name in de EVRM-jurisprudentie vormt de toetsing aan het vereiste ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ de kern van vele uitspraken. Bij deze voorwaarde ligt het zwaartepunt van de toetsing door de Straatsburgse organen. Het onderzoek door (in het verleden) de ECieRM en het EHRM naar de vraag of er sprake is van de bescherming van een gerechtvaardigd belang valt in feite meestal samen met het onderzoek naar de noodzaak van de inbreuk op het betreffende grondrecht.¹³³ Daarom wordt aan een exacte omschrijving van de doelcriteria in de EVRM-jurisprudentie doorgaans weinig aandacht besteed: de omlijning daarvan vindt plaats in relatie tot de vaststelling van wat noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving.¹³⁴

De toetsing aan het vereiste ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ valt uiteen in een drietal elementen. In de eerste plaats moet de inbreuk beantwoorden aan een ‘pressing social need’, een dwingende maatschappelijke behoefte.¹³⁵ Volgens het EHRM is het begrip ‘necessary’ enerzijds niet zo ‘nauw’ bedoeld als de begrippen ‘indispensable’, ‘absolutely necessary’ en ‘strictly necessary’, maar anderzijds ook weer niet zo ‘ruim’ of ‘flexibel’ als de begrippen ‘admissible’, ‘ordinary’, ‘useful’, ‘reasonable’ en ‘desirable’ (die alle ook in het EVRM voorkomen).¹³⁶ Dit eerste element wordt wel aangeduid als het *noodzakelijkheids criterium*.

Het tweede element wordt wel aangeduid als het *pertinentie criterium*.¹³⁷ Om noodzakelijk te zijn moet een maatregel – uiteraard – relevant zijn om het beoogde doel te bereiken. Het EHRM gaat derhalve na of er redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de inbreukmakende maatregel ‘nuttig’ is om het legitieme doel te bereiken. De door de staat aangevoerde rechtvaardigingsgronden moeten relevant en toereikend (‘relevant and sufficient’) zijn.¹³⁸

132 EHRM 22 januari 2003, *RJ&D 2003-II* (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey), § 90-91. In § 99 van dit arrest voegt het Hof daaraan nog toe dat ‘pluralism and democracy are based on a compromise that requires various concessions by individuals, who must sometimes be prepared to limit some of their freedoms so as to ensure the greater stability of the country as a whole.’

133 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 771.

134 Staal 1995, p. 74; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 771-772. Een uitzondering vormt EHRM 29 oktober 1992, *Series A* Vol. 246-A (Open Door and Dublin Well Woman/Ireland), waarin juist nadrukkelijk wordt stilgestaan bij de reikwijdte van de doelcriteria ‘prevention of crime’ en ‘protection of the rights of others’: kunnen ook ongeborenen als ‘others’ worden aangemerkt? Het Hof geeft op deze vraag overigens uiteindelijk geen antwoord.

135 O.m. EHRM 7 december 1976, *Series A* Vol. 24 (Handyside/UK), p. 22, § 48; EHRM 26 april 1979, *Series A* Vol. 30 (Sunday Times/UK, No.1), p. 35-38, § 59-62; EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 216 (Observer and Guardian/UK), p. 30, § 59.

136 EHRM 7 december 1976, *Series A* Vol. 24 (Handyside/UK), p. 22, § 48.

137 Van de Lanotte e.a 1997, p. 206.

138 EHRM 7 december 1976, *Series A* Vol. 24 (Handyside/UK), § 48-50

Het derde element is het *proportionaliteitscriterium*. Dit houdt in dat (a) de inbreuk niet van zodanige aard is dat het wezen van het recht wordt uitgehold – de inbreuk dient zich te beperken tot het reguleren van de uitoefening van het betreffende recht – en (b) er een redelijke verhouding bestaat tussen de inbreuk op het recht enerzijds en het nagestreefde legitieme doel anderzijds.¹³⁹ Het EHRM hanteert hierbij de maatstaf dat, indien het nagestreefde doel met een alternatieve en lichtere inbreukmakende maatregel ook bereikt zou kunnen worden, de inbreuk niet proportioneel is.¹⁴⁰ Soms gaat het Hof in dat kader ook na hoe een gelijkaardig probleem in andere Europese staten wordt opgelost, waarbij het gegeven dat heel wat andere landen vergelijkbare maatregelen nemen weliswaar geen doorslaggevende, maar wel een zeer belangrijke rol speelt bij de positieve beoordeling van de proportionaliteit van de inbreuk.¹⁴¹

De criteria van noodzakelijkheid, pertinentie en proportionaliteit zien we ook terug in de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en het IAHRM met betrekking tot de bijzondere beperkingsclausules in het IVBPR respectievelijk het AVR. In het hierboven reeds aangehaalde *General Comment No. 27* geeft het Mensenrechtencomité aan dat het onvoldoende is dat een beperking van een IVBPR-recht een legitiem doel dient; de beperking moet ook noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken:

‘Restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected. (...)

States should ensure that any proceedings relating to the exercise or restriction of these rights are expeditious and that reasons for the application or restrictive measures are given.’¹⁴²

Het Comité voegt hier nog aan toe dat een grondrechtenbeperkende maatregel consistent moet zijn met de overige IVBPR-rechten, met name mag zo’n maatregel niet in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod.¹⁴³

In de IAHRM-jurisprudentie wordt met betrekking tot de toetsing aan de hierboven aangegeven drie criteria zelfs expliciet verwezen naar het toetsingsstamien zoals ontwikkeld door het EHRM en wordt aangegeven dat de criteria

139 Zie voor een overzicht van de relevante jurisprudentie: Eissen 1993, p. 125-146.

140 Zie o.m. EHRM 24 maart 1988, Series A Vol. 130 (Olsson/Sweden, No. 1) en EHRM 2 oktober 2001, appl.no 30022/97 (Hatton and Others/UK, No. 1), § 97. Dit onderdeel van de proportionaliteitstoets zou kunnen worden aangeduid als het subsidiariteitsvereiste.

141 Schokkenbroek 1990, p. 55; Schokkenbroek 1996, p. 206-207; Heringa 1996, p. 108-145; Van de Lanotte e.a 1997, p. 207.

142 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 27*, § 14-15.

143 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 27*, § 18.

van noodzakelijkheid en proportionaliteit op eenzelfde wijze toepassing dienen te vinden ten aanzien van de AVRМ-rechten.¹⁴⁴

Nu moet met betrekking tot het noodzakelijkheids- en proportionaliteitscriterium wel worden opgemerkt dat in de EHRM-jurisprudentie als consequente lijn wordt aangehouden dat in beginsel de nationale autoriteiten in een betere positie verkeren om de noodzaak en evenredigheid van een grondrechtenbepalende maatregel te bepalen dan een internationale rechterlijke instantie. Daarom komt, in overeenstemming met het subsidiaire karakter van het Straatsburgse toezichtmechanisme, aan de nationale autoriteiten volgens het EHRM op dit punt een zekere beleidsvrijheid of interpretatieruimte, een *margin of appreciation*, toe. De omvang van deze *margin of appreciation* en daarmee van de intensiteit van de toetsing door het EHRM verschilt van recht tot recht en van beperkingsgrond tot beperkingsgrond.¹⁴⁵ In de jurisprudentie van het IAHRM en het VN-Mensenrechtencomité wordt de *margin of appreciation*-doctrine echter niet of nauwelijks toegepast.¹⁴⁶ Het VN-Mensenrechtencomité heeft in 1982 incidenteel een beperking op de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd geacht op grond van de 'protection of public morals' en daarbij verwezen naar de *margin of discretion* die nationale autoriteiten in zo'n geval moet worden gegund,¹⁴⁷ maar verder komen verwijzingen naar een interpretatieruimte voor nationale autoriteiten in de jurisprudentie van het comité niet voor. Sterker nog, in enkele zaken uit de jaren '90 waarin verdragsstaten zelf verwezen naar een interpretatieruimte die hen zou toekomen, werd deze gedachte door het Comité resoluut van de hand gewezen.¹⁴⁸

144 IAHRM 13 november 1985, Advisory Opinion OC-5/85 (Compulsory Membership of an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism – Arts. 13 and 29 ACHR), *Series A* No. 5, p. 89-123, § 11-67. Zie hierover Svensson-McCarthy 1998, p. 167-169.

145 Zie over deze *margin of appreciation* uitvoerig: Alkema 1978, p. 127-140; Macdonald 1993; Staal 1995, p. 74-90; Schokkenbroek 1990; Schokkenbroek 1996; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 82-95.

146 Coliver 1998, p. 33.

147 VN-Mensenrechtencomité 2 april 1982, comm.no. 61/1979 (Herzberg et al/Finland), VN Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, § 10.3.

148 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1994, comm.no. 488/1992 (Nicholas Toonen/Australia), VN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, § 8.4 en 8.6 (in deze zaak claimde de staat echter wel een absolute beoordelingsvrijheid in 'public moral'-kwesties); VN-Mensenrechtencomité 26 oktober 1994, comm.no. 511/1992 (Länsman et al/Finland), VN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, § 9.3. In deze laatste zaak stelt het comité dat de vrijheid voor de staat om bepaalde economische activiteiten te ontwikkelen (die volgens de klagers een inbreuk opleverden van het recht op beleving van de eigen cultuur voor een groep Lappen, aangezien hun traditionele leefgebied en leefwijze zouden worden aangetast): 'is not to be assessed by reference to a margin of appreciation, but by reference to the obligations it has undertaken in article 27'.

4.8 VOORBEHOUDEN BIJ EN OPZEGGING VAN DE MENSENRECHTENVERDRAGEN

Als de wellicht meest ingrijpende methoden voor staten om zich aan verdragsverplichtingen te onttrekken kunnen genoemd worden de mogelijkheid om voorbehouden te maken en de mogelijkheid om een verdrag in zijn geheel op te zeggen. Beide mogelijkheden zijn in het algemene verdragenrecht als volstrekt legitiem geaccepteerd, zij het dat er wel bepaalde grenzen en procedures zijn geformuleerd. In het WVV zijn zowel het maken van voorbehouden als het opzeggen van verdragen nader gereguleerd, in de artikelen 19-23 respectievelijk 65-68 en 70. Zowel met betrekking tot het maken van voorbehouden als met betrekking tot de opzegging van verdragen is de in het WVV vastgelegde hoofdregel dat dit dient te geschieden overeenkomstig de bepalingen van het betreffende verdrag zelf. Als het dus gaat om de mogelijkheid voor staten om zich te onttrekken aan verdragsverplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen is het ook en vooral relevant wat die verdragen daar zelf over zeggen. Ik ga daar hieronder zeer kort op in en doe dat vooral vanuit het perspectief van noodsituaties die voor een staat reden zouden kunnen zijn om zich op korte termijn niet aan bepaalde verdragsverplichtingen te houden. Verder sta ik stil bij een specifiek voorbehoud, namelijk het Franse voorbehoud bij de opschortingsbepaling uit het EVRM (artikel 15) en het IVBPR (artikel 4).

4.8.1 Voorbehouden

Als vanuit dat perspectief gekeken wordt naar het instrument van de voorbehouden is direct duidelijk dat dit instrument zich niet leent voor het op korte termijn afwijken van verdragsverplichtingen door partijstaten. Zowel op grond van het WVV (artikel 19) als op grond van de mensenrechtenverdragen zelf (voor zover die daar bepalingen over bevatten)¹⁴⁹ is het maken van voor-

149 In art. 57 bevat het EVRM een speciale bepaling over voorbehouden: '1. Any State may, when signing this Convention or when depositing its instrument of ratification, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provision. Reservations of a general character shall not be permitted under this article. 2. Any reservation made under this article shall contain a brief statement of the law concerned.' Zie daarover Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 773-784.

Art. 75 AVRVM stelt letterlijk dat voorbehouden slechts zijn toegestaan indien deze in overeenstemming zijn met het WVV. Artikel 28 van het VN-Verdrag tegen foltering bevat ook bepalingen over het maken van voorbehouden. Deze zijn in materieel opzicht gelijk aan art. 19 WVV. Het IVBPR en IVESCR bevatten geen bepaling over voorbehouden. Het ESH bevat ook geen bepaling over voorbehouden, maar de specifieke constructie van de binding aan de verdragsbepalingen in art. 20 ESH biedt partijstaten de mogelijkheid om een selectie te maken uit de materiële ESH-bepalingen en zich alleen aan die bepalingen te binden. Art. 17 van het Optioneel Protocol bij het IVDV inzake het (individueel) klacht-

behouden slechts toegestaan bij het aangaan van of de toetreding tot het verdrag en dus niet wanneer reeds binding aan het verdrag bestaat.¹⁵⁰

Voor zover een verdragspartij 'uit voorzorg' bij toetreding tot een bepaald mensenrechtenverdrag reeds een voorbehoud zou willen maken ten aanzien van zekere verdragsbepalingen, omdat die het staatsoptreden in eventuele noodsituaties te veel zouden hinderen, bevat onderdeel c van artikel 19 WVV een relevante norm. Artikel 19 sub c stelt namelijk dat het maken van een voorbehoud niet is toegestaan indien dit niet verenigbaar is met het voorwerp en doel van het betreffende verdrag.¹⁵¹ Lijnzaad gaat in haar dissertatie uitvoerig in op de betekenis die in dit verband aan de frase 'voorwerp en doel' moet worden toegekend en op de vraag naar het 'voorwerp en doel' van de mensenrechtenverdragen.¹⁵² Zij komt onder meer tot de conclusie dat voorbehouden die in het algemeen aangeven dat in geval van strijd tussen nationale wettelijke bepalingen en verdragsbepalingen de nationale wetgeving voorrang heeft (zonder daarbij te verwijzen naar een specifieke verdragsbepaling) of voorbehouden die überhaupt niet aangeven op welke verdragsbepaling ze gericht zijn te onduidelijk en vaag zijn en daardoor de beschermende werking ten aanzien van individuen die de mensenrechtenverdragen beogen te zeer frustreren. Dergelijke voorbehouden acht zij niet verenigbaar met doel en voorwerp van de mensenrechtenverdragen.¹⁵³ Datzelfde geldt voor voor-

recht is een voorbeeld van een verdragsbepaling die het maken van voorbehouden volledig verbiedt (zo ook art. 4 Zesde Protocol EVRM en art. 3 Dertiende Protocol EVRM). Art. 2 Tweede Facultatieve Protocol IVBPR bevat een gedeeltelijk verbod op voorbehouden (alleen toegestaan voor opleggen doodstraf in tijd van oorlog vanwege ernstig militair misdrijf). Het ontbreken van bepalingen over voorbehouden in het IVBPR en het IVESCR betekent niet dat onder deze verdragen geen voorbehouden zijn toegestaan. Bij het maken van voorbehouden zijn de verdragsstaten dan gebonden aan de grenzen die het WVV op dit punt stelt (zie o.m. Green 1978, p. 102-103). Zoals hiervoor (in § 3.5.1) reeds aan de orde kwam zijn zowel EHRM, IAHRM als VN-Mensenrechtencomité van mening dat de structuur van het toezichtmechanisme van EVRM, AVRVM en IVBPR met zich brengt dat de aanvaardbaarheid van voorbehouden, anders dan o.g.v. het WVV, ter exclusieve beoordeling staat van de toezichthoudende organen en niet van de andere verdragsstaten.

150 De enige mogelijkheid die staten dan openstaat is eventueel opzegging van het verdrag en hernieuwde toetreding, waarbij dan wel een voorbehoud gemaakt kan worden. In Nederland heeft deze discussie aan het eind van de jaren '80 gespeeld toen de toenmalige Minister van Sociale Zaken, De Koning, voorstelde om het IVBPR op te zeggen en opnieuw toe te treden met een voorbehoud bij art. 26. Dit vanwege de financiële implicaties van de gelijke behandelingsjurisprudentie van de CRvB en het VN-Mensenrechtencomité voor de sociale zekerheid. Zie hierover Nowak 1993, p. XXVII en XXVIII.

151 Uit EHRM 29 april 1988, *Series A* vol. 132 (Belilos/Switzerland), § 52 blijkt dat onder de EVRM-bepaling inzake voorbehouden, waarin geen verwijzing naar het voorwerp en doel van het verdrag is opgenomen, desalniettemin hetzelfde beginsel geldt. Art. 64 EVRM, tegenwoordig art. 57, EVRM 'expressly prohibits reservations of a general character and prohibits by implication those which are incompatible with the Convention'.

152 Lijnzaad 1994, p. 39-42 en 80-102.

153 *Idem*, p. 86-89. Vgl. EHRM 29 april 1988, *Series A* Vol. 132 (Belilos/Switzerland), § 52-55 en Van der Velde 1997, p. 306-310.

behouden ten aanzien van de zogenaamde niet-opschortbare rechten in de mensenrechtenverdragen. Deze rechten horen zozeer tot de 'core' van de mensenrechtenverdragen dat voorbehouden daarbij ook in strijd zijn met voorwerp en doel van die verdragen.¹⁵⁴ Lijnzaad baseert haar oordeel in belangrijke mate op een *Advisory Opinion* van het IAHRM uit 1983, waarin het Inter-Amerikaanse Hof stelt: 'a reservation which was designed to enable a State to suspend any of the non-derogable fundamental rights must be deemed to be incompatible with the object and purpose of the Convention'.¹⁵⁵ Hoewel het IAHRM hier direct aan toevoegt dat '[t]he situation would be different if the reservation sought merely to restrict certain aspects of a nonderogable right without depriving the right as a whole of its basic purpose', is dit voor Lijnzaad geen reden om de niet-opschortbare rechten *niet* tot de 'core' van de mensenrechtenverdragen te rekenen.¹⁵⁶ Ik voeg daaraan toe dat voor zover die niet-opschortbare rechten als *ius cogens* kunnen worden aangemerkt het maken van voorbehouden ten aanzien daarvan reeds verboden wordt door artikel 19 sub a WVV.¹⁵⁷

Overigens zijn er ook auteurs die minder stellig dan Lijnzaad zijn ten aanzien van de ontoelaatbaarheid van voorbehouden met betrekking tot de niet-opschortbare rechten. Zij wijzen erop dat de mogelijkheid om voorbehouden te maken een heel ander doel dient en op heel andere situaties betrekking heeft dan de mogelijkheid om de bescherming van bepaalde rechten tijdelijk op te schorten. Zij zien als doel van de mogelijkheid tot het maken van voorbehouden nadrukkelijk het voorkómen dat staten het betreffende mensenrechtenverdrag in het geheel niet ratificeren, omdat de nationale wetgeving op bepaalde punten niet geheel voldoet aan de eisen van het verdrag en het niet mogelijk is om daar op korte termijn verandering in te brengen. Ratificatie met een of meer voorbehouden is volgens hen dan altijd nog te prefereren boven het uitblijven van ratificatie. Zij zijn dan ook bevreesd dat het stellen van grenzen aan de mogelijkheid tot het maken van voorbehouden staten minder geneigd zal maken om de mensenrechtenverdragen voortvarend te ratificeren.¹⁵⁸

Vanuit het perspectief dat de mogelijkheid om voorbehouden te maken ziet op situaties waarin op het moment van ratificatie wetgeving aanwezig en in werking is waarvan men weet of vermoed dat deze in strijd komt met het betreffende verdrag, achten zij een verbod op voorbehouden ten aanzien van de niet-opschortbare rechten bovendien overbodig. Wetgeving die (mogelij-

154 Lijnzaad 1994, p. 91.

155 IAHRM 8 september 1983, *Advisory Opinion OC-3/83 (Restrictions to the Death Penalty – Arts. 4(2) and 4(4) ACHR)*, *Series A* No. 3, § 61.

156 Op de niet-opschortbare rechten zal ik in hoofdstuk 8 nog nader ingaan.

157 Vgl. Lijnzaad 1994, p. 81-82. Zie over het *ius-cogens* karakter van de niet-opschortbare rechten ook Seiderman 2001, p. 66-94.

158 Zie de discussie tussen Zanghi, Imbert en Stein tijdens het Vijfde Internationale Colloquium over het EVRM in 1980, opgenomen in Maier 1982, p. 152, 155-156 en 159-160.

kerwijs) indruist tegen deze *notstandsfeite* rechten is immers een grote uitzondering. De praktijk onder het EVRM en het IVBPR heeft niet of nauwelijks voorbehouden ten aanzien van die niet-opschortbare rechten te zien gegeven. Ten slotte vrezen zij voor een *a-contrario* effect: de indruk zou kunnen ontstaan dat elke verdragsbepaling die niet als niet-opschortbaar is aangemerkt in de opschortingsbepalingen zonder meer voorwerp zou kunnen zijn van een voorbehoud.¹⁵⁹

Nu stammen de opvattingen van de hierboven bedoelde auteurs al weer van ruim twintig jaar geleden. Vandaag de dag is een feit dat ten aanzien van één van de niet-opschortbare rechten, namelijk het verbod van oplegging van de doodstraf in vredetijd, gewaarborgd in het Zesde Protocol bij het EVRM en in het Tweede Facultatieve Protocol bij het IVBPR, expliciet in de beide verdragsteksten is bepaald dat het maken van een voorbehoud met betrekking tot dit recht is verboden. Een enkele auteur legt dit uit als een indicatie dat ook ten aanzien van andere niet-opschortbare rechten voorbehouden niet zijn toegestaan.¹⁶⁰

Een en ander neemt echter niet weg dat ook vandaag de dag nog voorbehouden en interpretatieve verklaringen ten aanzien van niet-opschortbare rechten voorkomen. Zo maakten de Verenigde Staten het volgende voorbehoud bij de ratificatie van het IVBPR in 1992:

[T]he United States reserves the right, subject to its Constitutional constraints, to impose capital punishment on any person (other than a pregnant woman) duly convicted under existing or future laws permitting the imposition of capital punishment, including such punishments for crimes committed by persons below eighteen years of age. (...)

[T]he United States considers itself bound by article 7 to the extent that "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment" means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.¹⁶¹

Bij de bespreking van de eerste statenrapportage ex artikel 40 IVBPR door de VS merkte het Mensenrechtencomité hierover op dat het de 'extent of the State party's reservations, declarations and understandings to the Covenant' ernstig

159 *Ibidem*. Stein geeft in deze discussie overigens wel enige voorbeelden uit de EVRM-praktijk van voorbehouden m.b.t. niet-opschortbare rechten (p. 160), maar merkt daarbij op dat de betreffende voorbehouden (van Duitsland bij art. 7 lid 2, van Portugal bij art. 7 lid 1 en van Malta bij art. 2 lid 2) slechts betrekking hadden op afwijkingen van relatief kleine onderdelen van de betrokken bepalingen.

160 Svensson-McCarthy 1998, p. 497. Overigens kan daar tegenin worden gebracht dat het feit dat staten in beginsel de vrijheid hebben zo'n Protocol in het geheel niet te ratificeren staten, juist helemaal niet wijst op een niet-opschortbaarheid van het doodstrafverbod.

161 Opgenomen in VN Doc. CCPR/C/2/Rev.4 (1994), Ch. I, section B, p. 40, § 2-3. Zie voor een kritische bespreking van de Amerikaanse voorbehouden bij het IVBPR: Flinterman & Rieter 1992.

betreunde en stelde het onomwonden van mening te zijn dat de voorbehouden ten aanzien van artikel 6, vijfde lid, en artikel 7 IVBPR onverenigbaar waren met 'the object and purpose of the Covenant'.¹⁶²

In het verlengde van de vraag naar de mogelijkheid van voorbehouden ten aanzien van de niet-opschortbare rechten kan overigens de vraag gesteld worden of en in hoeverre voorbehouden zijn toegestaan ten aanzien van de bepalingen uit de mensenrechtenverdragen die enerzijds opschorting van sommige rechten mogelijk maken en anderzijds bepaalde rechten als niet-opschortbaar bestempelen (de bepalingen die ik in deze studie aanduid als 'opschortingsbepalingen'). In de volgende paragraaf wordt nader stilgestaan bij deze vraag. Dit gebeurt aan de hand van een tweetal concrete voorbeelden, namelijk het voorbehoud van Trinidad en Tobago bij artikel 4 IVBPR en het Franse voorbehoud bij zowel artikel 15 EVRM als artikel 4 IVBPR.

4.8.2 De voorbehouden bij de opschortingsbepalingen van Trinidad en Tobago respectievelijk Frankrijk

Als Trinidad en Tobago in 1978 het IVBPR ratificeert, maakt het het volgende voorbehoud ten aanzien van artikel 4, tweede lid, IVBPR:

'the Government of the Republic of Trinidad and Tobago reserves the right not to apply in full the provision of paragraph 2 of article 4 of the Covenant since section 7(3) of its Constitution enables Parliament to enact legislation even though it is inconsistent with sections (4) and (5) of the said Constitution.'¹⁶³

Hoewel dit voorbehoud geen betrekking heeft op een van de artikelen waarin *notstandfeste* rechten staan opgesomd, betekent het een vergelijkbare aantasting van de 'hard core' van het IVBPR. De consequentie ervan is immers dat in geval van een 'public emergency' in de zin van artikel 4 Trinidad en Tobago zich gerechtigd acht aan IVBPR-bepalingen die door het verdrag zelf als *notstandsfest* worden aangemerkt, desalniettemin deze status te onthouden. Er is hier derhalve sprake van een voorbehoud met een 'general and sweeping character'.¹⁶⁴

Voor de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland is dit reden om formeel bezwaar te maken tegen het voorbehoud. Beide staten geven aan dat zij in het licht van de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van het IVBPR het voorbehoud onverenigbaar vinden met voorwerp en doel van het verdrag; de bepaling waaruit voortvloeit dat bepaalde rechten zelfs in een noodsituatie die het voortbestaan van de staat bedreigt niet mogen worden opgeschort is

162 VN Doc. CCPR/C/79/Add.50 (1995), § 14.

163 Het voorbehoud is na te lezen op http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5_asp.htm.

164 Oraá 1992, p. 131.

van dermate essentieel belang voor het genot van de in het IVBPR neergelegde rechten dat het maken van een voorbehoud op dit punt ontoelaatbaar is. Dit standpunt over het voorbehoud van Trinidad en Tobago wordt in de literatuur over het IVBPR algemeen gedeeld.¹⁶⁵ Bij de bespreking van de statenrapportages van Trinidad en Tobago geven diverse leden van het VN-Mensenrechtencomité aan dat het voorbehoud bij artikel 4, tweede lid, onverenigbaar is met het verdrag.¹⁶⁶ Het Comité dringt aan op intrekking van het voorbehoud.¹⁶⁷ Deze heeft echter anno 2004 nog niet plaatsgevonden.

Hoewel de Franse Minister van Buitenlandse Zaken Schuman in 1950 behoort tot de oorspronkelijke ondertekenaars van het EVRM en de Franse mensenrechtenvoorvechter René Cassin (één van de opstellers van de UVRM) in de jaren '50 en '60 jarenlang rechter is in het EHRM (van 1965 tot 1968 zelfs als president van het Hof), duurt het tot 3 mei 1974 voordat Frankrijk het EVRM ratificeert.¹⁶⁸ Eén van de redenen waarom de Franse ratificatie zo lang op zich laat wachten,¹⁶⁹ is gelegen in de spanning die aan Franse zijde, zowel bij regering en parlement als bij diverse (staats)rechtsgeleerden, voorzien wordt tussen artikel 15 EVRM en artikel 16 van de Franse Grondwet uit 1958. Dit artikel geeft de Franse president een in beginsel onbeperkte bevoegdheid om in een noodsituatie alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het overwinnen van de noodsituatie en het verder functioneren van de overheidsinstellingen.¹⁷⁰ De noodomstandigheden waaronder de president gebruik kan

165 Zie o.m. Nowak 1993, p. 93.

166 *Idem*, p. 132.

167 Bij de meest recente bespreking door het Mensenrechtencomité van een statenrapportage door Trinidad en Tobago in november 2000 dringt het Comité in zijn Concluding Observations niet letterlijk aan op intrekking van het voorbehoud t.a.v. artikel 4 lid 2 IVBPR, maar insisteert het wel dat de nationale wetgeving die afwijkt van art. 4 lid 2 wordt aangepast om deze in overeenstemming te brengen met de verdragseisen (VN Doc. CCPR/CO/70/TTO).

168 Dat Cassin namens Frankrijk desalniettemin deel uitmaakte van het EHRM berustte op de toenmalige tekst van het EVRM, die aan alle lidstaten van de Raad van Europa een zetel in het EHRM toebedeelde. Sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol in 1998 bepalen artikel 20 en 22 EVRM dat alleen staten die het EVRM hebben geratificeerd een rechter voor het EHRM mogen leveren.

169 Zie voor een beknopte schets van de redenen voor Frankrijk om zo lang te wachten met ratificatie: Alkema 1975, p. 222-224 (met verwijzingen naar verdere relevante literatuur en Franse parlementaire stukken hierover). Uitvoeriger hierover Pellet 1974, p. 1319-1350; Coussirat-Coustère 1975, p. 269-274; Goy 1975, p. 31-40; Kündig-Schaad 1983, p. 4-36.

170 Art. 16 van de Franse Grondwet 1958 luidt: 'Losque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. – Il en informe la Nation par message. – Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. – L'assemblée nationale ne

maken van deze noodbevoegdheid zijn in de Franse Grondwet niet zo strikt omschreven als in artikel 15 EVRM. De beperking die door artikel 15 EVRM op deze presidentiële noodbevoegdheden zou worden aangebracht en het feit dat internationale instanties eventueel een oordeel zouden kunnen uitspreken over de opportuniteit van het gebruik van de noodbevoegdheden wordt door de regering en het parlement onwenselijk geacht.¹⁷¹ Daarom maakt Frankrijk bij de ratificatie van het EVRM een voorbehoud bij artikel 15. Daarnaast worden door Frankrijk voorbehouden gemaakt met betrekking tot de artikelen 5 en 6 EVRM en wordt een interpretatieve verklaring afgelegd met betrekking tot artikel 10.

Het voorbehoud met betrekking tot artikel 15 EVRM luidt als volgt:

‘Le Gouvernement de la République, conformément à l’article 64 de la Convention émet une réserve concernant le paragraphe 1^{er} de l’article 15 en ce sens, d’une part, que les circonstances énumérées par l’article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre, par l’article 1er de la loi du 3 avril 1878 et par la loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l’état de siège, par l’article 1er de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l’état d’urgence et qui permettent la mise en application de ces textes, doivent être comprises comme correspondent à l’objet de l’article 15 de la Convention et, d’autre part, que pour l’interprétation et l’application de l’article 16 de la Constitution de la République de prendre “les mesures exigées par les circonstances”.’¹⁷²

Bij de ratificatie van het IVBPR door Frankrijk, op 4 november 1980, wordt een voorbehoud met een identieke strekking gemaakt ten aanzien van artikel 4 IVBPR.¹⁷³

De vraag is uiteraard hoe, in het licht van hetgeen hierboven is uiteengezet over de toelaatbaarheid van voorbehouden bij multilaterale mensenrechtenverdragen, moet worden aangekeken tegen deze Franse voorbehouden ten aanzien van de opschortingsbepalingen. In dat verband kan worden geconstateerd

peut être dissoute pendant l’exercice des pouvoirs exceptionnels.’

171 Kündig-Schaad 1983, p. 26-27. Een bijkomende complicatie was dat bij strijd tussen het EVRM en een grondwetsbepaling conform art. 58 van de Franse Grondwet 1958 voorafgaand aan de ratificatie eerst de met het verdrag strijdige grondwetsbepaling zou moeten worden aangepast.

172 *Yearbook ECHR* 1974, p. 4-5.

173 Dit voorbehoud luidt als volgt: ‘The Government of the Republic enters the following reservation concerning article 4, paragraph 1: firstly, the circumstances enumerated in article 16 of the Constitution in respect of its implementation, in article 1 of the Act of 3 April 1978 and in the Act of 9 August 1849 in respect of the declaration of a state of siege, in article 1 of Act No. 55-385 of 3 April 1955 in respect of the declaration of a state of emergency and which enable these instruments to be implemented, are to be understood as meeting the purpose of article 4 of the Covenant; and, secondly, for the purpose of interpreting and implementing article 16 of the Constitution of the French Republic, the terms “to the extent strictly required by the exigencies of the situation” cannot limit the power of the President of the Republic to take “the measures required by circumstances”.’

dat het Franse voorbehoud bij artikel 15 reeds vanaf het moment dat er in Frankrijk gediscussieerd wordt over een voorbehoud van deze strekking, op zeer kritische wijze werd onthaald. In 1970 verklaart Minister van Buitenlandse Zaken Schumann een dergelijk voorbehoud te algemeen te achten, waardoor het in strijd zou komen met artikel 64 (tegenwoordig: artikel 57) EVRM.¹⁷⁴ Questiaux meent dat een voorbehoud ten aanzien van artikel 15 EVRM niet per definitie te algemeen hoeft te zijn, maar wel heel moeilijk op zodanige wijze vorm te geven is dat er geen juridische problemen door ontstaan:

[U]ne réserve portant au moment de la ratification sur l'article 15, ne serait pas nécessairement proscrite comme étant une réserve d'ordre général au sens de l'article 64; mais elle est difficile à formuler, justement parce que l'article 15 est édicté en faveur de l'Etat et que l'on sent bien qu'il n'est peut-être pas opportun de demander par avance une liberté d'action pour restreindre les libertés publiques, dont rien ne dit que le détenteur des pouvoirs de l'article 16 voudrait user. Il est surtout paradoxal de formuler à l'intention du droit international une réserve fondée sur la qualité des autorités compétentes en droit interne.¹⁷⁵

Ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het EVRM in het Franse parlement in 1973 wordt door veel parlementariërs, vooral in de *Assemblée Nationale*, betreurd dat de regering zoveel en zulke relatief omvangrijke voorbehouden wil maken.¹⁷⁶ Minister van Buitenlandse Zaken Jobert benadrukt echter dat het voorbehoud met betrekking tot artikel 15 geenszins tot doel heeft de presidentiële beslissingen op grond van artikel 16 Grondwet volledig aan de controle van de Straatsburgse organen te onttrekken.¹⁷⁷ Met name vanuit de hoek van de oppositiepartijen, de socialisten en sociaal-democraten, blijft er echter forse kritiek op het voorbehoud ten aanzien van artikel 15 EVRM. Deze is hoofdzakelijk ingegeven door de weerstand die er bij die partijen überhaupt bestaat tegen de zeer ruime bevoegdheden van de Franse president op grond van artikel 16 Grondwet.¹⁷⁸

Het Franse voorbehoud bij artikel 15 EVRM vormt voor geen van de andere verdragspartijen aanleiding om formeel bezwaar aan te tekenen. In de literatuur is het Franse voorbehoud bij artikel 15 echter zeer kritisch onthaald. Higgins merkt in 1977 op dat het doel van de mogelijkheid van het maken van een voorbehoud is gelegen in het creëren van een mogelijkheid voor ratificerende staten om zich voorlopig niet te binden aan een bepaling uit het verdrag, opdat nationale wetgeving die strijdig is met die bepaling kan worden

174 Kündig-Schaad 1983, p. 28. Het standpunt van Schumann wordt gedeeld door o.m. Vasak, zie zijn bijdrage aan de discussie tijdens een colloquium over de Franse toetreding tot het EVRM in Besançon, gepubliceerd in *Revue des Droits de l'Homme* 1970, p. 668-669.

175 Questiaux 1970, p. 662.

176 Kündig-Schaad 1983, p. 38-39.

177 Cocatre-Zilgien 1978, p. 673.

178 *Ibidem*. Vgl. ook Goy 1975, p. 37-40 en 42-43.

aangepast. Hoewel dit niet nadrukkelijk zo is terug te vinden in artikel 64 (nu: 57) EVRM, meent zij dat een voorbehoud toch eigenlijk bedoeld is als een tijdelijke zaak. Het voorbehoud kan worden ingetrokken als de nationale wetgeving in overeenstemming met het verdrag is gebracht. Zij moet echter toegeven dat er door EVRM-verdragsstaten ook voorbehouden zijn gemaakt met een meer permanent karakter. Sommige staten 'have also used reservations as a technique for interpreting their understanding of the scope of the Convention'. Vanuit het perspectief van het door haar geschetste doel van voorbehouden is zij zeer kritisch over het Franse voorbehoud bij artikel 15: 'The validity of the French reservation, on any normal "purposes" test of interpretation, must surely be in doubt'.¹⁷⁹ Van Dijk en Van Hoof verklaren het voorbehoud ontoelaatbaar te achten. Aangezien artikel 15 op zichzelf reeds een uitzonderingsbepaling is en als zodanig aan de verdragsstaten de bevoegdheid geeft om in uitzonderlijke gevallen tot op zekere hoogte af te wijken van een aantal bepalingen van het EVRM, moet dit artikel worden gezien als de uiterste grens waartoe de verdragsstaten mogen gaan. Zij achten het uitgesloten dat een staat door middel van een voorbehoud deze uiterste grens nog verder probeert op te rekken en menen dat het Franse voorbehoud zo ruim geformuleerd is dat het Straatsburgse toezicht op de toepassing van artikel 15 door Frankrijk geheel wordt uitgeschakeld.¹⁸⁰ De Straatsburgse organen hebben zich tot op heden nog nimmer uitgelaten over het Franse voorbehoud. Daar is ook nog geen aanleiding voor geweest, want tot dusverre heeft Frankrijk nog nooit een beroep gedaan op artikel 15 in verband met het gebruik van de presidentiële noodbevoegdheden ex artikel 16 van de Franse grondwet.¹⁸¹

De Franse voorbehouden hebben slechts betrekking op het eerste lid van de opschortingsbepaling en dus niet op het tweede lid met daarin de opsomming van *notstandsfeite* rechten. Dit maakt de situatie wat betreft de toelaatbaarheid wellicht anders dan bij het voorbehoud van Trinidad en Tobago.¹⁸² Bezien vanuit het perspectief van de criteria zoals aangelegd door

179 Higgins 1976-1977, p. 317. Vgl. ook Jacobs 1975, p. 209 en 212.

180 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 780.

181 Uiteraard heeft Frankrijk derhalve ook nog nooit een beroep gedaan op artikel 4 IVBPR in verband met de presidentiële noodbevoegdheden. Bij de bespreking van de eerste Franse statenrapportage door het VN-Mensenrechtencomité waren een aantal comitéleden behoorlijk kritisch over het Franse voorbehoud bij artikel 4 IVBPR. Opvallend is echter dat het Oost-Duitse lid van het Comité, Graefrath, juist opmerkt dat het Franse voorbehoud blijk geeft van een geheel correcte interpretatie van de controlerende rol van het Mensenrechtencomité m.b.t. overheidsop treden in 'public emergencies'. Zie McGoldrick 1993, p. 305. In zijn Concluding Observations n.a.v. de bespreking van de derde statenrapportage door Frankrijk (in 1997) maakte het Mensenrechtencomité echter geen opmerkingen over het Franse voorbehoud bij artikel 4 IVBPR (zie VN Doc. CCPR/C/79/Add.80). In de discussies met de Franse delegatie over de derde statenrapportage werd dit onderwerp in het geheel niet aan de orde gesteld (zie VN Doc. CCPR/C/SR.1597 en CCPR/C/SR.1599).

182 Nowak 1993, p. 93 leidt uit de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité tot dan toe af dat het Comité voorbehouden ten aanzien van artikel 4 lid 1 IVBPR wél toelaatbaar acht.

Lijnzaad (zie de voorgaande paragraaf), moet worden geconstateerd dat de Franse voorbehouden betrekking hebben op een specifiek aangeduid artikellid, zodat er in die zin niet direct sprake is van een te vaag, te onduidelijk of te algemeen voorbehoud.

Wel betekenen de beide voorbehouden dat op een bepaald punt van het EVRM respectievelijk het IVBPR het nationale recht voorrang houdt op de verdragsregels. En dit is bepaald geen onbelangrijk en onomvangrijk punt. De beoogde consequentie van de voorbehouden is immers dat indien voldaan is aan de nationale maatstaven inzake de noodzaak en proportionaliteit van grondrechtenopschortende presidentiële noodmaatregelen aangenomen moet worden dat ook voldaan is aan de eisen die EVRM en IVBPR op dit punt stellen. Hierdoor worden de eventueel strengere maatstaven op dit punt van artikel 15, eerste lid, EVRM en artikel 4, eerste lid, IVBPR 'overruled' door het nationale Franse recht, zolang de noodmaatregelen maar niet in strijd komen met de in het tweede lid van beide bepalingen opgesomde *notstandsfeste* rechten. Internationale controle ten aanzien van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvraag wordt hierdoor grotendeels onmogelijk gemaakt. Dit betekent in feite dat er, behoudens een eventuele toetsing aan *notstandsfeste* rechten, op geen enkele wijze een inhoudelijke onafhankelijke rechtmatigheidscontrole op uitoefening van de presidentiële noodbevoegdheden plaatsvindt, want ook op nationaal niveau biedt het Franse recht geen mogelijkheden voor een inhoudelijke controle door een rechterlijke instantie op de uitoefening van de presidentiële noodbevoegdheden.¹⁸³ En aangezien de uitoefening van deze presidentiële noodbevoegdheden een aantasting kan opleveren van in beginsel alle in het EVRM en IVBPR opgesomde rechten (met uitzondering van de *notstandsfeste* rechten) bestrijken de Franse voorbehouden bij de opschortingsbepalingen, hoewel ze formeel slechts betrekking hebben op één artikellid, derhalve toch een zeer omvangrijk terrein. Daarmee ligt de vraag of de voorbehouden niet te algemeen zijn dus toch weer op tafel en is er veel voor te zeggen om deze vraag negatief te beantwoorden.

Naast de omvang van de voorbehouden kan in verband met de toelaatbaarheid van de beide voorbehouden bij de respectievelijke opschortingsbepalingen ook worden opgemerkt dat het bestaan van een bevoegdheid voor de uitvoerende macht waarmee in potentie zoveel grondrechten kunnen worden aangetaast, zonder dat voorzien is in een wezenlijke vorm van onafhankelijke rechtmatigheidscontrole in ernstige mate afbreuk doet aan de 'rule of law' en de gedachte van machtscheiding die inherent zijn aan het functioneren van

183 Presidentiële noodmaatregelen gebaseerd op artikel 16 Grondwet worden gelijkgesteld met parlementaire wetten. Hierdoor zijn zij onttrokken aan controle door de Franse rechter, behoudens een toetsing op eventuele vormfouten. Een enkele auteur merkt op dat beperkingen op de uitoefening van de presidentiële noodbevoegdheden in het Franse rechtstelsel slechts kunnen voortvloeien uit de persoonlijkheid van de president en nergens anders uit. Kündig-Schaad 1983, p. 54-55; Pellet 1974, p. 1364; Coussirat-Coustère 1975, p. 277.

een democratische rechtsstaat, terwijl het concept van een democratische rechtsstaat nu juist aan de basis ligt van verdragen als het EVRM en het IVBPR.¹⁸⁴ Aantasting van dit conceptuele uitgangspunt kan dan óók als strijdig met het voorwerp en doel van beide verdragen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de Franse voorbehouden weliswaar geen betrekking hebben op de in het tweede lid van de opschortingsbepalingen *notstandfest* verklaarde rechten, maar desalniettemin net zozeer een aantasting (kunnen) vormen van de 'hard core' van de mensenrechtenverdragen. In de voorgaande paragraaf werd reeds geconcludeerd dat voorbehouden ten aanzien van de *notstandsfeste* rechten die opgesomd worden in het tweede lid van artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR zozeer als een aantasting van de 'hard core' van de mensenrechtenverdragen worden beschouwd dat zij in strijd komen met het voorwerp en doel van die verdragen. In § 8.2 *infra* zal ik echter uiteenzetten dat het recht zich op dit punt inmiddels zodanig heeft ontwikkeld dat naast de in het tweede lid van de opschortingsbepalingen opgesomde rechten ook aan andere rechten en verdragsverplichtingen van EVRM en IVBPR een *notstandsfeste* status toekomt. Deze *notstandsfeste* status vloeit daarbij veelal voort uit een combinatie van voorwaarden ten aanzien van proportionaliteit en rechtmatigheid zoals opgenomen in het eerste lid van beide bepalingen. Dit betekent naar mijn mening dat, gemeten naar de stand van het recht van vandaag, de Franse voorbehouden de grens van het toelaatbare overschrijden.

Gesteld dat het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité deze conclusie zouden delen zal dit waarschijnlijk niet direct tot resultaat hebben dat zij het Franse voorbehoud ook ontoelaatbaar verklaren. Nu dit voorbehoud al jaren staat, ligt dit niet direct voor de hand. Mocht het echter komen tot uitoefening van de Franse presidentiële noodbevoegdheden (wat misschien niet snel zal gebeuren; de laatste – en enige – keer dat dit geschiedde was in 1961) en inroeping van artikel 15 EVRM respectievelijk artikel 4 IVBPR door Frankrijk, dan zal bij een eventuele klacht over bijvoorbeeld de proportionaliteit van een in het kader van het presidentiële noodoptreden gemaakte inbreuk op een bepaald grondrecht, de Franse regering er niet zonder meer vanuit kunnen gaan dat zij onder verwijzing naar het voorbehoud kan ontsnappen aan een toetsing aan de noodzakelijkheids- en proportionaliteitsnormen zoals opgenomen in het eerste lid van de beide opschortingsbepalingen.

4.8.3 Opzegging

Met betrekking tot de opzegging van mensenrechtenverdragen doet zich de situatie voor dat in sommige verdragen wel een bepaling over opzegging van het betreffende verdrag is opgenomen en in andere niet. Het IVBPR en het

184 Zie hierover § 4.7.3 *supra* en § 7.1.2 *infra*.

IVESCR bevatten geen bepaling inzake opzegging. In artikel 58 EVRM, artikel 78 AVRVM, artikel 21 IVRD, artikel 52 IVRK en artikel 31 VN-Verdrag tegen foltering is wel een bepaling over opzegging van de respectievelijke verdragen opgenomen.¹⁸⁵ Artikel 58 EVRM luidt:

- ‘1. A High Contracting Party may denounce the present Convention only after the expiry of five years from the date on which it became a party to it and after six months’ notice contained in a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, who shall inform the other High Contracting Parties.
2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the High Contracting Party concerned from its obligations under this Convention in respect of any act which, being capable of constituting a violation of such obligations, may have been performed by it before the date at which the denunciation became effective.
3. Any High Contracting Party which shall cease to be a member of the Council of Europe shall cease to be a Party to this Convention under the same conditions.
4. The Convention may be denounced in accordance with the provisions of the preceding paragraphs in respect of any territory to which it has been declared to extend under the terms of Article 56.’

Deze tekst maakt duidelijk dat opzegging van het EVRM niet op elk moment mogelijk is, maar in ieder geval pas vijf jaar na toetreding tot het verdrag (tenzij het lidmaatschap van de Raad van Europa voor die tijd wordt opgezegd; zie het derde lid).¹⁸⁶ Daarbij geldt dan verder dat de staat die bericht het verdrag te willen opzeggen nog tot zes maanden na dit opzeggingsbericht gebonden blijft aan de normen van het verdrag, zowel de materiële normen als de regels met betrekking tot het toezichtmechanisme (het statenklachtrecht, individueel klachtrecht en de rechtsmacht van de Commissie (tot 1998) en het Hof). Dit speelde een rol bij de behandeling van de tweede statenklacht van Denemarken, Noorwegen en Zweden tegen Griekenland, nadat daar het kolonelsregime aan het bewind gekomen was. Op 12 december 1969 had Griekenland aan de Raad van Europa mededeling gedaan van het opzeggen van het EVRM. Deze opzegging zou dus ingaan op 13 juni 1970. In april 1970 werd de statenklacht ingediend. De ECieRM oordeelde dat de klacht, gezien de tekst van het toenmalige artikel 65, tweede lid (tegenwoordig artikel 58,

185 Ook de Geneefse Conventies van 1949 voorzien in gemeenschappelijk art. 52 in de mogelijkheid van opzegging, maar geven wel expliciet aan dat de opzegging van de conventies geen gevolgen heeft voor de verplichtingen van de verdragspartijen onder het volkenrechtelijk gewoonterecht (deze bepaling is gerelateerd aan de zogenaamde ‘Martens-clausule’).

186 Art. 7 van het Statuut van de Raad van Europa geeft aan dat beëindiging van het lidmaatschap van de Raad mogelijk is, maar dat deze beëindiging niet direct effect heeft vanaf het moment van afgifte van een verklaring tot beëindiging van het lidmaatschap: ‘Any member of the Council of Europe may withdraw by formally notifying the Secretary General of its intention to do so. Such withdrawal shall take effect at the end of the financial year in which it is notified, if the notification is given during the first nine months of that financial year. If the notification is given in the last three months of the financial year, it shall take effect at the end of the next financial year.’

tweede lid) ontvankelijk was, omdat Griekenland op het moment van het indienen van de klacht nog volledig gebonden was aan alle regels van het EVRM.¹⁸⁷

Artikel 78 AVRVM stelt evenzeer dat opzegging van het verdrag pas mogelijk is nadat vijf jaar zijn verstreken sinds de toetreding tot het verdrag en verbindt hieraan de voorwaarde dat de opzegging een jaar tevoren wordt medegedeeld.¹⁸⁸ Ook de opzeggingsbepalingen uit de andere mensenrechtenverdragen kennen een 'wachttijd' of 'opzeggingstermijn' van twaalf maanden.

Het ontbreken van een opzeggingsmogelijkheid in het IVBPR en IVESCR heeft aanleiding gegeven tot diverse juridische bespiegelingen over het opzeggen van deze beide verdragen en van de mensenrechtenverdragen in het algemeen. Logischerwijs wordt daarin eerst teruggegrepen op de regels die het algemene verdragenrecht biedt met betrekking tot opzegging van verdragen.¹⁸⁹ Artikel 56 WVV bepaalt hierover het volgende:

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:
 - a. it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
 - b. a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.
2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.'

Interessant is dat ILC-rapporteur Waldock bij de voorbereiding van het WVV oorspronkelijk een bepaling suggereerde waarin de typen van verdragen waarvan opzegging wel mogelijk was en de typen van verdragen waarbij opzegging niet mogelijk was werden opgesomd. Onder de niet-opzeggbare – en dus eeuwigdurende – verdragen rekende hij onder meer 'general multilateral treaties providing for the codification or progressive development of international law'. De frase 'codification or progressive development of inter-

187 ECieRM 26 mei 1970, appl.no. 4448/70 (Denmark, Norway & Sweden/Greece), *Yearbook ECHR* 1970, p. 108-120.

188 Art. 78 AVRVM luidt: '1. The States parties may denounce this Convention at the expiration of a five-year period from the date of its entry into force and by means of notice given one year in advance. Notice of the denunciation shall be addressed to the Secretary General of the Organization, who shall inform the other States parties. 2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the State Party concerned from the obligations contained in this Convention with respect to any act that may constitute a violation of those obligations and that has been taken by that state prior to the effective date of denunciation.'

189 Weliswaar is de codificatie van de algemene regels van verdragenrecht in het WVV van later datum dan de totstandkoming van het IVBPR en IVESCR, maar naar algemene opvatting vormen de bepalingen van het WVV voor een aanzienlijk deel een codificatie van gewoonterechtelijke regels (die dus ook reeds golden bij het opstellen van IVBPR en IVESCR).

national law' ontleende hij aan het Statuut van de ILC en zou daarmee opgaan voor alle verdragen voorbereid door de ILC.¹⁹⁰ Ook de mensenrechtenverdragen zouden echter aangemerkt kunnen worden als onderdeel van de voortschrijdende ontwikkeling van het internationale recht.¹⁹¹

De door Waldock voorgestelde bepaling ontmoette binnen de ILC de nodige kritiek en werd niet overgenomen. De commentaren van de onderhandelende staten op de concept-bepaling over verdragsopzegging of -beëindiging liepen nogal uiteen. Sommige staten – onder meer Portugal en Colombia – stelden zich op het standpunt dat verdragen zonder opzeggingsbepaling ook niet opgezegd zouden moeten kunnen worden. Andere staten – waaronder Nederland – stelden zich op het standpunt dat bij verdragen zonder opzeggingsbepaling opzegging of beëindiging van het betreffende verdrag desalniettemin mogelijk moest worden geacht, zij het alleen in zeer uitzonderlijke situaties.¹⁹² De concept-bepaling werd echter nog slechts op enkele detailpunten gewijzigd, met de huidige tekst van artikel 56 WVV als gevolg. In aanvulling daarop moet gewezen worden op artikel 43 WVV, waarin bepaald wordt dat opzegging van of terugtrekking uit een verdrag geen gevolgen heeft voor de verplichtingen van een van de partijen bij het betreffende verdrag voor zover die onafhankelijk van het betreffende verdrag als verplichtingen van volkenrechtelijk gewoonterecht of *ius cogens* aangemerkt kunnen worden. In het voorgaande heb ik reeds op diverse plaatsen een korte schets gegeven van de discussie hierover en daarbij aangegeven dat het meest algemeen aangehangen standpunt op dit vlak is dat de *ius cogens*- of gewoonterrechtelijke status wel voor een aantal mensenrechtelijke normen geldt, maar niet voor alle.¹⁹³

Met de tekst van artikel 56 WVV in de hand moet dus geconcludeerd worden dat bij verdragen die geen opzeggingsbepaling kennen de vraag beantwoord zal moeten worden of de verdragspartijen de bedoeling hebben gehad om de mogelijkheid van verdragsopzegging of -beëindiging toe te laten dan wel of de aard van het verdrag en de verdragsverplichtingen de mogelijkheid van opzegging of beëindiging impliceert. Op deze vraag zijn verschillende

190 VN-doc. A/C.6/SR.661, § 18.

191 Weis 1975, p. 4.

192 Weis 1975, p. 4, onder verwijzing naar o.m. VN-doc. A/CN.4/SR.1264, § 12; A/CN.4/SR.1287, § 12, 33-34, 45 en 50; A/CN.4/SR.1289, § 18 en 25.

193 Zie § 1.1.2 *supra*, voetnoot 24 en § 3.5 *supra*. Opvallend is dat ook het Genocide-verdrag een opzeggingsbepaling bevat, terwijl de normen van het Genocide-verdrag door het Internationaal Gerechtshof zijn aangemerkt als normen van volkenrechtelijk gewoonterecht. Zie Internationaal Gerechtshof 28 mei 1951, *ICJ Reports* 1951 (Reservations to the Convention on Genocide – Advisory Opinion), p. 15 en 23; Internationaal Gerechtshof 5 februari 1970, *ICJ Reports* 1970 (Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgium/Spain)), p. 32, § 33-34. De opzeggingsbepaling in het Genocide-verdrag is waarschijnlijk te beschouwen als een uiting van de nog zeer 'klassieke' opvatting m.b.t het verdragenrecht kort na de Tweede Wereldoorlog, terwijl de interpretatie door het Internationaal Gerechtshof een voorbeeld is van de 'voortschrijdende ontwikkeling' van het internationale recht die niet alleen afhankelijk is van de oorspronkelijke opvattingen van de verdragspartijen.

antwoorden mogelijk. Enerzijds kan worden beargumenteerd dat uit het feit dat er diverse mensenrechtenverdragen zijn die wel een opzeggingsbepaling bevatten afgeleid zou moeten worden dat de aard van de mensenrechtenverdragen klaarblijkelijk niet in weg staat aan de mogelijkheid van opzegging van die verdragen.¹⁹⁴ Het VN-Mensenrechtencomité heeft zich echter op een ander standpunt gesteld. In augustus 1997 besloot namelijk de Democratische Volksrepubliek Korea (Noord-Korea) om het IVBPR op te zeggen. In reactie daarop stelde het Mensenrechtencomité *General Comment No. 26* vast, dat betrekking heeft op opzegging van het IVBPR. Dit beknopte *General Comment* luidt als volgt:

‘1. The International Covenant on Civil and Political Rights does not contain any provision regarding its termination and does not provide for denunciation or withdrawal. Consequently, the possibility of termination, denunciation or withdrawal must be considered in the light of applicable rules of customary international law which are reflected in the Vienna Convention on the Law of Treaties. On this basis, the Covenant is not subject to denunciation or withdrawal unless it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal or a right to do so is implied from the nature of the treaty.

2. That the parties to the Covenant did not admit the possibility of denunciation and that it was not a mere oversight on their part to omit reference to denunciation is demonstrated by the fact that article 41(2) of the Covenant does permit a State party to withdraw its acceptance of the competence of the Committee to examine inter-State communications by filing an appropriate notice to that effect while there is no such provision for denunciation of or withdrawal from the Covenant itself. Moreover, the Optional Protocol to the Covenant, negotiated and adopted contemporaneously with it, permits States parties to denounce it. Additionally, by way of comparison, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, which was adopted one year prior to the Covenant, expressly permits denunciation. It can therefore be concluded that the drafters of the Covenant deliberately intended to exclude the possibility of denunciation. The same conclusion applies to the Second Optional Protocol in the drafting of which a denunciation clause was deliberately omitted.

3. Furthermore, it is clear that the Covenant is not the type of treaty which, by its nature, implies a right of denunciation. Together with the simultaneously prepared and adopted International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Covenant codifies in treaty form the universal human rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the three instruments together often being referred to as the “International Bill of Human Rights”. As such, the Covenant does not have a temporary character typical of treaties where a right of denunciation is deemed to be admitted, notwithstanding the absence of a specific provision to that effect.

4. The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State party. The Human Rights Committee has consistently taken the view,

194 Weis 1975, p. 6.

as evidenced by its long-standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant.

5. The Committee is therefore firmly of the view that international law does not permit a State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it.¹⁹⁵

Het Mensenrechtencomité beschouwt het feit dat in het IVBPR – anders dan in andere mensenrechtenverdragen – geen opzeggingsbepaling is opgenomen derhalve als een aanwijzing dat de verdragsluitende partijen niet de bedoeling hadden om opzegging van het verdrag mogelijk te maken.¹⁹⁶ Uit de *travaux préparatoires* blijkt inderdaad nergens dat de verdragsstaten een opzeggingsmogelijkheid beoogden. Het ontbreken van een opzeggingsbepaling was bij de totstandkoming van het IVBPR simpelweg geen voorwerp van discussie in de betrokken VN-gremia.¹⁹⁷ Bovendien meent het Comité dat de aard van het IVBPR niet een mogelijkheid tot opzegging van het verdrag impliceert, mede omdat de verdragsverplichtingen voortvloeiend uit het IVBPR gelden jegens de burgers binnen het territorium van de verdragsstaten.¹⁹⁸ Op zich sluit deze opvatting aan bij de reeds door de preambules van de UVRM en het IVBPR geïmpliceerde visie dat de mensenrechten inherent zijn aan de menselijke waardigheid en dus nimmer van de burgers afgenomen kunnen worden. De onmogelijkheid van opzegging van het IVBPR – en, in lijn hiermee, van andere

195 De tekst van *General Comment No. 26* is opgenomen in VN-doc. A/53/40, annex VII.

196 Hetzelfde geldt voor het Tweede Facultatieve Protocol bij het IVBPR (verbod tenuitvoerlegging doodstraf).

197 Nowak 1993, p. XXVII. In lijn met art. 54 sub b WVV concludeert Nowak dan dat opzegging van het IVBPR alleen is toegestaan met de instemming van alle overige verdragspartijen. Een situatie die zich niet snel zal voordoen.

198 Op zich geldt dit natuurlijk ook voor diverse andere mensenrechtenverdragen die echter wel een opzeggingsbepaling bevatten. Dus de opstellers van die verdragen, grotendeels dezelfde staten als de partijstaten bij het IVBPR, vonden de aard van de verdragsverplichtingen bij die andere mensenrechtenverdragen klaarblijkelijk niet zodanig dat zij aan opzegging van die verdragen in de weg zou staan? Aangezien die verdragsverplichtingen in het geval van het EVRM en AVRVM toch niet wezenlijk verschillen van de verplichtingen onder het IVBPR komt dit deel van de redenering van het Mensenrechtencomité op mij niet zo bevredigend over, al moet erkend worden dat de vraag in het kader van art. 56 WVV niet zozeer is of het karakter van de verdragsverplichtingen *aan opzegging* van het betreffende verdrag *in de weg staat*, maar of het karakter van de verdragsverplichtingen *een opzeggingsmogelijkheid impliceert*.

Met betrekking tot het EVRM kan worden opgemerkt dat dit verdrag tot stand kwam in een periode waarin nog nauwelijks een begin van codificatie van de algemene volkenrechtelijke regels m.b.t. voorbehouden sprake was. In een dergelijke situatie ligt het opnemen van een specifieke bepaling over voorbehouden in het verdrag zelf iets meer voor de hand.

mensenrechtenverdragen die geen opzeggingsbepaling bevatten¹⁹⁹ – voegt hieraan toe dat niet alleen de in het verdrag opgesomde rechten voortdurend gegarandeerd moeten worden, maar dat ook de in het verdrag opgenomen toezichtmechanismen en daarmee samenhangende verplichtingen (bij het IVBPR: rapportageplicht van artikel 40 en statenklachtrecht van artikel 41²⁰⁰) blijven bestaan.

In de literatuur wordt wel opgemerkt dat het Mensenrechtencomité met bovenstaand *General Comment* heeft willen aangeven dat de opzegging van het IVBPR door Noord-Korea geen gevolgen heeft voor de verdragsverplichtingen van die staat onder het IVBPR.²⁰¹ Daarbij moet echter worden aangetekend dat het Mensenrechtencomité zelf in wezen geen juridische mogelijkheden heeft om te voorkomen dat Noord-Korea zich gedraagt als ware het IVBPR wel opgezegd of om schending van het verdrag door Noord-Korea te redresseren. Het individueel klachtrecht dat geregeld is in het Eerste Facultatieve Protocol bij het IVBPR kan op grond van artikel 12 van dat protocol wel worden opgezegd, zodat de Noord-Koreaanse opzegging in ieder geval in de weg zou staan aan behandeling door het Comité van individuele klachten van Noord-Koreaanse burgers vanwege schending van de in het IVBPR gegarandeerde rechten (zo Noord-Korea dit facultatieve protocol überhaupt ooit geratificeerd zou hebben). Als Noord-Korea geen rapportages ex artikel 40 IVBPR meer aan het Mensenrechtencomité zou toezenden, heeft het Comité ook geen mogelijkheden om nakoming van deze verdragsverplichting af te dwingen of in een formele uitspraak te veroordelen.²⁰² In deze situatie kunnen de overige verdragsstaten dus alleen via politieke en diplomatieke druk en eventuele internationale sancties Noord-Korea tot IVBPR-conform gedrag trachten te dwingen, buiten het in het IVBPR voorziene toezichtmechanisme om. Opvallend genoeg heeft deze potentiële probleemsituatie zich nooit voorgedaan, want kort na het verschijnen van *General Comment No. 26* diende Noord-Korea zijn eerste statenrapport ex artikel 40 IVBPR (waarvan de indieningstermijn reeds lang was overschreden) in bij de Secretaris-Generaal van de VN en zond een delegatie naar het Mensenrechtencomité voor de bespreking van het rapport, daarmee

199 O.m. het IVDV.

200 Het statenklachtrecht geldt echter alleen indien zowel de klagende staat als de staat tegen welke geklaagd wordt, de rechtsmacht van het Comité om kennis te nemen van dergelijke statenklachten hebben erkend d.m.v. het afleggen van een afzonderlijke verklaring. Deze rechtsmachterkenning kan ook weer te allen tijde worden ingetrokken.

201 Joseph, Schultz & Castan 2000, p. 622.

202 Die mogelijkheid zou slechts bestaan indien een andere verdragsstaat de niet-nakoming van de verdragsverplichtingen door Noord-Korea voorwerp zou maken van een statenklacht (hetgeen overigens dan alleen zou kunnen indien Noord-Korea de rechtsmacht van het Comité op dit punt zou hebben erkend, *quod non*), hetgeen het Mensenrechtencomité de kans zou geven hierover een rapport op te stellen zoals bedoeld in art. 41, eerste lid sub h, ii, IVBPR.

klaarblijkelijk acceptierend dat het nog steeds gebonden was aan de verdragsverplichtingen onder het IVBPR, ondanks de opzegging.²⁰³

Bezien vanuit het perspectief van noodsituaties en de daarmee samenhangende (mogelijke) wens van staten om zich op zeer korte termijn aan bepaalde mensenrechtelijke verdragsverplichtingen te onttrekken, kan worden geconcludeerd dat het instrument van verdragsopzegging voor de staat geen soelaas biedt: ofwel omdat de opzeggingstermijn van het verdrag zelf voorziet in een wachttijd van zes of twaalf maanden voordat de opzegging in werking kan treden, ofwel omdat het verdrag zelf niet voorziet in de mogelijkheid van opzegging en deze derhalve – analoog aan de redenering gevolgd door het Mensenrechtencomité – ook daadwerkelijk ontoelaatbaar moet worden geacht.²⁰⁴

203 Hanski & Scheinin 2003, p. 9. VN Doc. CCPR/C/PRK/2000/2 en CCPR/CO/72/PRK.

204 Zelfs indien de redenering van het Mensenrechtencomité niet zou worden gevolgd en opzegging van het verdrag, ondanks het ontbreken van een opzeggingsbepaling toch toelaatbaar zou moeten worden geacht, dan zou dit niet op korte termijn kunnen, want dan zou de opzeggingstermijn van artikel 56, tweede lid, WVV van toepassing zijn (12 maanden). Wel past bij de onmogelijkheid om het IVBPR op te zeggen de kanttekening dat het Mensenrechtencomité dus niet beschikt over juridische middelen om een staat te dwingen zich aan de verdragsverplichtingen te blijven houden. Datzelfde geldt voor de toezichthoudende organen bij andere mensenrechtenverdragen die geen opzeggingsbepaling kennen (ESCR-Comité en CEDAW).

