



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).

5 | Het belang van de staatsveiligheid als grond voor beperking van verplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen

5.1 'NATIONAL SECURITY' EN 'PUBLIC ORDER' IN DE BIJZONDERE BEPERKINGSCLAUSULES: REKBARE BEGRIPPEN

In de bijzondere beperkingsclausules met betrekking tot de verenigings- en vergadervrijheid (artikel 11 EVRM, artikel 21 en 22 IVBPR, artikel 8 IVESCR, artikel 15 en 16 AVRМ), de verplaatsings- en vestigingsvrijheid (artikel 12 IVBPR, artikel 2 Vierde Protocol EVRM, artikel 22 AVRМ), de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM, artikel 19 IVBPR, artikel 13 AVRМ) en het recht op een openbare terechtzitting (als onderdeel van het recht op een eerlijk proces) (artikel 6 EVRM, artikel 14 IVBPR) wordt het belang van de 'national security' genoemd als een legitieme beperkingsgrond.¹ In artikel 13 IVBPR en artikel 1 Zevende Protocol EVRM komt het belang van de 'national security' ook voor, als reden om een uitzondering te maken op de regel dat legaal verblijvende vreemdelingen alleen mogen worden uitgezet krachtens een overeenkomstig de wet genomen beslissing waartegen voor de betrokken vreemdeling rechtsmiddelen openstaan.

Nu is 'national security' een zeer rekbaar begrip dat moeilijk te definiëren valt, omdat het zeer nauw verbonden is met de subjectieve, en soms zeer emotionele, opvattingen van regeringen en militaire autoriteiten over hetgeen als een gevaar voor de nationale veiligheid wordt gezien. In de woorden van Svensson-McCarthy:

'It has in any event proved to be an extremely flexible notion, which has with ease been suited to fit wellnigh any situation of crisis which the government or military has – rightly or wrongly – perceived as a threat to the security of the state, nation or simply to its own survival and influence in political affairs.'²

1 Art. 8 lid 5 AVRМ bevat ook het recht op een openbare terechtzitting, maar maakt hierop slechts uitzonderingen mogelijk 'to protect the interests of justice'.

2 Svensson-McCarthy 1998, p. 147. Zie ook Tapia-Valdés 1982, p. 10-15, die opmerkt dat 'the definition of national security depends upon the definer's ideology' (p. 10-11). Cameron 2000, p. 42-43 wijst ook op het gevaar van misbruik van het concept van nationale veiligheid doordat een bepaald regime de eigen belangen vereenzelvigt met de nationale veiligheidsbelangen. Als voorbeeld noemt hij de pogingen van VS-president Nixon om bepaalde informatie met betrekking tot zijn betrokkenheid bij het Watergate-schandaal geheim te houden met een beroep op de nationale veiligheid.

Als met een beroep op 'national security' echter bepaalde grondrechten kunnen worden ingeperkt, is het desalniettemin interessant om te bezien of bijvoorbeeld de jurisprudentie van de diverse toezichthoudende organen meer licht kan doen schijnen op hetgeen hieronder verstaan moet worden. Immers, als nationale veiligheid een reden kan zijn om bepaalde grondrechten in te perken onder gewone omstandigheden en de mensenrechtenverdragen tevens bepalingen bevatten die het mogelijk maken om in buitengewone (crisis)situaties waarin de staatsveiligheid in het geding is bepaalde grondrechtelijke verplichtingen op te schorten, rijst de vraag hoe beide gevallen zich tot elkaar verhouden, welke soorten van grondrechteninbreuken op grond van de nationale veiligheid gerechtvaardigd worden geacht en hoe stringent de toezichthoudende organen zich opstellen bij hun toetsing (met andere woorden: hoe ruim de *margin of appreciation* voor de nationale autoriteiten uitvalt). Bovendien rijst de vraag hoe de beperkingsgrond nationale veiligheid zich verhoudt tot de eveneens in de bijzondere beperkingsclausules voorkomende beperkingsgronden die meer het oog lijken te hebben op de handhaving van de openbare orde in brede zin: 'public order/ordre public', 'public safety', 'prevention of disorder'. Ook bij deze beperkingsgronden gaat het om tamelijk vage en ruime begrippen die zeer dikwijls worden ingeroepen om een bepaalde grondrechteninbreuk te rechtvaardigen.

5.2 DE TRAVAUX PRÉPARATOIRES: VOORAL AANDACHT VOOR 'PUBLIC ORDER'

Svensson-McCarthy besteedt in haar studie uitvoerig aandacht aan de *travaux préparatoires* van de diverse verdragen waarin de term 'national security' voorkomt en komt tot de conclusie dat deze weinig duidelijkheid scheppen over de exacte betekenis van het begrip.³ De verdragsopstellers leken allemaal wel een bepaald beeld te hebben van hetgeen eronder verstaan zou moeten worden en meenden dat dit begrip een vanzelfsprekende en voor alle landen voldoende duidelijke betekenis zou hebben. In het kader van het IVBPR werd opgemerkt dat onder 'national security' in ieder geval ook de bescherming van de territoriale integriteit van een staat zou vallen.⁴ In het tweede lid van artikel 10 EVRM komen echter de beperkingsgronden 'national security' en 'territorial integrity' naast elkaar voor, zonder dat uit de *travaux* blijkt van enige discussie over de overlap tussen of aanvullende waarde van beide begrippen.

De discussie tijdens de totstandkoming van de VN-verdragen spitste zich meer toe op de term 'public order'. Deze term werd reeds in de discussies

3 Svensson-McCarthy 1998 geeft op p. 149-161, 166-167 en 172 een overzicht van de discussies over de begrippen 'national security' en 'public order' tijdens de totstandkoming van UVRM, IVBPR, IVESCR, AVRVM en EVRM.

4 Opmerking van de Libanese delegatie in het kader van de discussie over de beperkingsclausule van art. 19 IVBPR. VN Doc. E/CN.4/SR/320, p. 13.

over de algemene beperkingsclausule van artikel 29, tweede lid, UVRM noodzakelijk geacht als een nadere verduidelijking van de oorspronkelijk als enige opgenomen beperkingsgrond 'general welfare'; vooral omdat deze term in de Franse authentieke vertaling ('bien-être général') eigenlijk geen juridische betekenis zou hebben. Van Franse zijde werd aangevoerd dat de Engelse term 'general welfare' zeer ruim was, terwijl aan de Franse vertaling daarvan, 'bien-être général', doorgaans een veel beperkter betekenis werd toegekend, meer in de sfeer van economische en sociale vraagstukken. De Franse term 'ordre public' had echter een veel meer juridische betekenis die verder ging dan de openbare orde in de zin van de voorkoming van wanordelijkheden in de publieke ruimte. 'Ordre public' ziet op de ordening van het maatschappelijk leven in brede zin, op alles wat essentieel is voor het maatschappelijk bestaan in een land, inclusief de openbare veiligheid en de staatsveiligheid, en stemt daarmee in wezen overeen met het Engelse begrip 'general welfare', zo stelde de Franse delegatie.⁵ Sommige andere delegaties vonden dit Frans-georiënteerde 'public order'-begrip juist te ruim en teveel ruimte latend voor arbitraire grondrechtenbeperkingen.⁶ Desalniettemin werd het begrip opgenomen in artikel 29 UVRM. Met name bij de totstandkoming van de artikelen 18 (godsdienst- en gewetensvrijheid), 19 (vrijheid van meningsuiting) en 21 (vergadervrijheid) IVBPR werd uitvoerig gediscussieerd over de terminologie van de beperkingsclausules. Het Verenigd Koninkrijk vond de daarin voorgestelde beperkingsgrond 'order' of 'public order', zeker als daarbij uitgegaan zou worden van de Frans-georiënteerde interpretatie,⁷ te ruim en stelde voor deze te vervangen door 'prevention of disorder and crime' om zo een striktere beperkingsgrond te formuleren die meer het oog zou hebben op de orde en veiligheid in de publieke ruimte en het voorkomen van misdrijven. Met name de delegaties van Frankrijk en de Verenigde Staten waren echter voorstander van de ruimere term 'public order',⁸ omdat zij meenden dat naast de ordehandhaving in de publieke ruimte ook andere maatschappelijke- ordeningsbelangen een gerechtvaardigde reden konden vormen voor beperkingen van de betreffende rechten. Uiteindelijk sloot een ruime meerderheid van de overige delegaties zich daarbij aan.⁹ Zo belandde de term 'public order' in de artikelen 12, 14, 18, 19, 21 en 22 IVBPR. Behalve bij artikel 18, werd daarbij

5 Daes 1980, p. 72.

6 Zie Svensson-McCarthy 1998, p. 149-151, onder verwijzing naar VN Doc. E/CN.4/SR.74, p. 12 en A/C.3/SR.153, p. 645-660.

7 Al moet worden opgemerkt dat ook in de *common-law*traditie de term 'public order' al een ruime strekking heeft en globaal duidt op het ordelijk verloop van het openbare of maatschappelijke leven. Zie Schokkenbroek 1986, p. 4.

8 D.w.z. in de Franse zin van 'ordre public'. De Secretaris-Generaal van de VN had zich nog op het standpunt gesteld dat 'public order' beperkter geïnterpreteerd moest worden, nl. in de zin van afwezigheid van publiek wanorde c.q. het voorkomen van wanordelijkheden (zie VN Doc. A/2929, § 113).

9 Svensson-McCarthy 1998, p. 152-159. Zie ook Kiss 1981, p. 299-302.

in de Engelse tekst na 'public order' tussen haakjes en in cursieve letters ook de Franse term '*ordre public*' opgenomen om zo de ruime betekenis van de term te onderstrepen.¹⁰ Vanwege dit ruime 'public order'-begrip werd het onder meer niet noodzakelijk geacht om bij het artikel over de vrijheid van meningsuiting een aparte bepaling op te nemen over de regulering van vergunningen voor radio- en televisieomroepen en filmvertoningen. Ook overheidsingrijpen in deze sfeer zou onder 'public order (*ordre public*)' vallen.¹¹

In een toelichting op de Franse publiekrechtelijke achtergrond¹² van de term 'ordre public' geeft Kiss aan dat dit begrip:

'refers to the "police power" of the state broadly conceived (*police administrative générale*). This police power, however, must be exercised in a legal framework which includes fundamental human rights (*libertés publiques*), such as the security of persons, freedom of worship, freedom of expression, the right of association, etc. The object of *ordre public* was clearly declared to be the maintenance of *le bon ordre, la sûreté, la salubrité publique* (good order, safety, public health). The concept was held to imply authority to carry out various public functions: *bon ordre* has been understood as the maintenance of "the peace", or public tranquility; *sûreté*, as including authority to assure safety in fields such as road traffic; *salubrité publique* as the healthfulness and safety of public buildings, industrial or trade installations, etc. The concept was later expanded to include esthetic elements (protection of monuments), moral elements (regulation of prostitution or pornography, special protection for the morals of children), an *ordre publique economic* (consumer protection, speculation control), and an *ordre public politique* (protection of the *légalité républicaine*, or respect for the constitutional political system).¹³

10 Opvallend genoeg heeft over de beperkingsgrond 'public order' in art. 8 lid 1 IVESCR tijdens de totstandkoming van dit verdrag nauwelijks enige discussie plaatsgevonden en is daaraan ook niet de Franse term 'ordre public' toegevoegd (Kiss 1981, p. 300).

11 VN Doc. A/C.3/SR.1072, p. 63, § 25. M.b.t. art. 22 IVBPR (verenigingsvrijheid) vond een vergelijkbare discussie plaats. Hier werd het niet nodig geacht een aparte clausule op te nemen over beperkingen op de verenigingsvrijheid voor ambtenaren, omdat dergelijke beperkingen gedekt zouden worden door de beperkingsgrond 'public order (*ordre public*)'. Zie VN Doc. A/5000, p. 9.

12 Kiss 1981, p. 300 geeft aan dat de term 'ordre public' ook in het privaatrecht en internationaal privaatrecht gehanteerd wordt, waar deze dan een betekenis heeft die enigszins vergelijkbaar is met het begrip *ius cogens* in het volkenrecht: civielrechtelijke contractsbepalingen of andere rechtshandelingen die in strijd zijn met de 'ordre public' zijn nietig (vgl. art. 3:40 BW) en indien o.g.v. regels van internationaal privaatrecht toepassing van buitenlands recht aangewezen is, gebeurt dit niet indien die toepassing van dit buitenlandse recht in strijd komt met de 'ordre public'. Deze civielrechtelijke betekenis van het begrip 'ordre public' in de zin van 'dwingend recht' acht Kiss in de mensenrechtelijke context echter van minder direct belang, al constateert hij op p. 301 dat in de betekenis van 'ordre public' zoals gehanteerd in de mensenrechtenverdragen het privaatrechtelijke en publiekrechtelijke gebruik van deze term lijken te convergeren.

13 Kiss 1981, p. 300-301.

Hij concludeert dan ook dat 'ordre public' heel breed opgevat moet worden, in die zin dat het begrip ziet op het goede functioneren van de staat, dat wil zeggen de staatsinstellingen en het maatschappelijk leven in het algemeen, tot bevordering van het algemeen welzijn.¹⁴ De bevordering van het algemeen welzijn geschiedt daarbij door het bevredigen van collectieve maatschappelijke behoeften en door de bescherming van fundamentele rechten van burgers.¹⁵ Mensenrechtenbescherming maakt dus onderdeel uit van de 'ordre public'.¹⁶

Ook bij de totstandkoming van het EVRM was er geen discussie van betekenis over het gebruik van de term 'national security' in bepaalde beperkingsclausules, laat staan over de exacte definitie van dat begrip. Met betrekking tot de beperkingsgronden gericht op de openbare-ordehandhaving valt op dat in de EVRM-beperkingsclausules de term 'public order' minder frequent voorkomt dan in het IVBPR: alleen in artikel 6, eerste lid (uitzonderingen op openbare terechtzitting), artikel 9 tweede lid (godsdiens- en gewetensvrijheid) en artikel 1, tweede lid, van het Zevende Protocol bij het EVRM (uitzonderingen op de rechtsbescherming bij de uitzetting van vreemdelingen). Bij de vestigings- en verplaatsingsvrijheid van artikel 2 van het Vierde Protocol is in de beperkingsclausule de frase 'for the maintenance of *ordre public*' opgenomen en in het tweede lid van de artikel 8, 10 en 11 EVRM is gekozen voor de frase 'for the prevention of disorder' (in de Franse tekst: 'à la défense de l'ordre'). Svensson-McCarthy concludeert in haar onderzoek echter dat de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM en de betreffende Protocolen geen duidelijkheid geeft over de precieze betekenis van en het verschil tussen de gehanteerde termen. In de *travaux préparatoires* wordt hier amper bij stilgestaan.¹⁷ Wel kan worden opgemerkt dat de keuze voor de frase 'for the maintenance of *ordre public*' in artikel 2 Vierde Protocol een bewuste is geweest. De opstellers van het Vierde Protocol achtten de Engelse term 'public order' ontoereikend voor de ruime beperkingsmogelijkheden die zij wilden scheppen ten aanzien van het betreffende recht.¹⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat 'ordre

14 Zie in dit verband ook de Engelse tekst van art. 31 ESH, waarin de term 'public interest' als equivalent van het begrip 'ordre public' uit de Franse tekst wordt gebruikt.

15 Kiss 1981, p. 301.

16 Deze opvatting spreekt ook uit de *Siracusa Principles* (Kiss had als rapporteur voor de conferentie te Siracusa aanzienlijke invloed op de formulering van de Principles). *Principle 22* luidt: 'The expression "public order (ordre public)" as used in the Covenant may be defined as the sum of rules which ensure the functioning of society or the set of rules which ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded. Respect for human rights is part of public order (ordre public)'.

17 Svensson-McCarthy 1998, p. 172.

18 Dit blijkt uit de toelichting van het Comité van Experts op zijn amendementen bij de ontwerp-tekst van art. 2 Vierde Protocol. Explanatory Reports on the second to fifth Protocols to the European Convention, Strasbourg 1971, p. 45, § 16; in de ontwerp-tekst werd overigens niet gesproken over 'public order', maar over 'law and order'. Schermers 1964, p. 396, verklaart dat in de beperkingsclausule bij art. 2 Vierde Protocol de door de Raad-gevende Vergadering toegestane beperking in het belang van 'the economic welfare of the country' is vervallen, omdat naast de beperking in het belang van de 'ordre public' een

public' ook in EVRM-verband een zeer ruime betekenis (vergelijkbaar met die onder het IVBPR) dient toe te komen.¹⁹ Tevens lijkt hiermee te worden geïmpliceerd dat 'ordre public' in EVRM-verband een ruimere strekking heeft dan 'public order' en 'prevention of disorder'/'à la défense de l'ordre'.

Hoewel in taalkundig opzicht en qua nationaal-rechtelijke achtergrond inderdaad zonder meer sprake is van een verschil tussen 'public order' en 'ordre public',²⁰ kan dat verschil niet zonder meer naar het EVRM worden gekopieerd. In de Franse authentieke tekst van het EVRM wordt de term 'public order' namelijk consequent vertaald als 'ordre public' en derhalve kan – in lijn met artikel 33 WVV ('the terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text') – worden betoogd dat in het EVRM aan 'public order' dezelfde betekenis toekomt als aan 'ordre public'.²¹ Gezien het feit dat het EVRM blijkens de preambule bedoeld is als een nadere uitwerking van de UVRM, ligt het dan vanuit het perspectief van de ontstaansgeschiedenis enigszins voor de hand om ook in het EVRM aan 'public order/ordre public' de Frans-georiënteerde, ruime betekenis toe te kennen.²² De *travaux* geven hierover echter geen zekerheid. De vraag in hoeverre de term 'prevention of disorder'/'à la défense de l'ordre' wel een beperkter, meer op de feitelijke ordehandhaving gerichte, strekking heeft dan 'ordre public' kan aan de hand van de EVRM-totstandkomingsgeschiedenis al evenzeer niet echt worden beantwoord.²³

beperking o.g.v. economische belangen onnodig werd geacht. Uit het gebruik van de Franse uitdrukking volgt dat dit begrip in zijn ruime, continentaal Europese strekking moet worden opgevat; een strekking waarin 'ordre public' ook economisch welzijn omvat.

- 19 AG Langemeijer omschreef in zijn conclusie bij HR 19 januari 1962, *AAe* 1962 (Geertruidenberg II), p. 135, die ruime betekenis als 'die beginselen van een positief rechtstelsel, die in het kader van dat stelsel als van bijzondere waarde moeten worden beschouwd'. Hij lijkt hiermee een civielrechtelijk/internationaal-privaatrechtelijk georiënteerde omschrijving te hanteren (zie *supra* voetnoot 12).
- 20 Zie hierover uitvoerig Schokkenbroek 1986, p. 3-7.
- 21 De Franse tekst van art. 9 lid 2 EVRM bevat op de plaats van 'for the protection of public order' de frase 'à la protection de l'ordre', maar laat daarop volgen 'de la santé ou de la morale publiques'. Uit het gebruik van het meervoud van het bijvoeglijk voornaamwoord 'publique' valt af te leiden dat dit betrekking heeft op alle drie daaraan voorafgaande beperkingsgronden.
- 22 Van Boven 1967, p. 227 acht het moeilijk verklaarbaar dat het begrip openbare orde in art. 9 EVRM een ruimere strekking zou hebben dan bijv. in artikel 10 of 11 EVRM omdat dit dan zou betekenen dat de godsdienstvrijheid meer beperkt zou kunnen worden dan de vrijheid van meningsuiting en de verenigings- en vergadervrijheid. Voor zover de opstellers van het EVRM bewust gekozen zouden hebben voor een ruime strekking van het openbare-ordebegrip, veronderstelt hij dat dit te maken zou kunnen hebben met het feit dat in dit artikel, anders dan in de artikelen 8, 10 en 11, de beperkingsgrond 'national security' ontbreekt.
- 23 De term 'prevention of disorder' duikt voor het eerst op in een door de Britse deskundige Sir Oscar Dowson voorgesteld amendement (dat overigens ook nog vele andere onderwerpen omvatte) op een door het Comité van Experts opgesteld voorontwerp van het EVRM. In de ontwerp-teksten van de beperkingsclausules die aan dit amendement vooraf gingen

Met betrekking tot een andere aan de 'openbare orde' gelieerde beperkingsgrond, namelijk 'public safety', leidt Kiss uit de ontstaansgeschiedenis van zowel het IVBPR als het EVRM af, dat de reikwijdte van dit begrip minder ruim is dan van het begrip 'public order'. Daarentegen is 'public safety' volgens hem weer een ruimer concept dan 'the prevention of disorder and crime'. Met 'public safety' is volgens hem bedoeld: gevaar voor de veiligheid van personen, dat wil zeggen gevaar voor hun leven, lichamelijke integriteit of hun gezondheid. Deze beperkingsgrond zou gehanteerd kunnen worden ter rechtvaardiging van bepaalde grondrechtenbeperkingen op grond van voorschriften in het kader van verkeersveiligheid, veiligheid van consumptiegoederen, consumentenbescherming in het algemeen en gezonde arbeidsomstandigheden.²⁴

5.3 TAALKUNDIGE EN SYSTEMATISCHE INTERPRETATIE VAN 'NATIONAL SECURITY'

Bij gebrek aan een uit de *travaux préparatoires* af te leiden duidelijk houvast met betrekking tot de betekenis van de beperkingsgrond 'national security' wordt in de literatuur veelal teruggegrepen op de betekenis die in het algemeen spraakgebruik doorgaans aan het begrip wordt toegekend en op de plaats die het begrip inneemt temidden van andere beperkingsgronden, met andere woorden: een taalkundige en systematische interpretatie van het begrip.²⁵ In dat verband merkt Kiss op dat het bij de *nationale* veiligheid om iets anders gaat dan om de *internationale* veiligheid of de *lokale of regionale* veiligheid.²⁶ De internationale veiligheid is een onderwerp dat meer gereguleerd wordt door het Handvest van de Verenigde Naties. Dit Handvest is immers voor een belangrijk deel gericht op de handhaving van de internationa-

werd telkens gesproken van 'public order'. Over het vervangen van 'public order' door 'prevention of disorder' heeft geen discussie plaatsgevonden. Zie de *Collected edition of the 'travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, Vol. III, Den Haag: Martinus Nijhoff 1976, p. 280 e.v., m.n. p. 286. Schwelb (namens de Bondsrepubliek Duitsland lid van het Comité van Experts) merkt overigens op dat de term 'public order' in het EVRM, juist niet bedoeld is in zijn Frans-georiënteerde ruime betekenis, maar veeleer in de zin van afwezigheid van wanorde in de publieke ruimte, zodat er geen wezenlijk verschil is tussen 'protection of public order' en 'prevention of disorder' (Schwelb 1968, p. 114-115). Hieronder komt nog aan de orde dat in de jurisprudentie van ECieRM en EHRM wel opmerkingen zijn gemaakt over de betekenisverschillen tussen 'protection of public order' en 'prevention of disorder'.

24 Kiss 1981, p. 298, onder verwijzing naar VN Doc. A/4299, p. 7-8.

25 Dit gebeurt overigens niet alleen in de literatuur, maar in algemene zin ook in de jurisprudentie (niet alleen m.b.t. de beperkingsgrond 'national security', maar ook m.b.t. andere beperkingsgronden). Het sluit aan bij de strikte interpretatie van de beperkingsclausules. Zo merkte de ECieRM in de *Sunday Times*-zaak op: '[N]o other criteria than those mentioned in the exception clause itself may be at the basis of any restrictions and these criteria in turn must be understood in such a way that the language is not extended beyond its ordinary meaning.' ECieRM 18 mei 1977 (rapport), *Series B* Vol. 28, p. 64 (cursivering JPL).

26 Kiss 1981, p. 296-297.

le vrede en veiligheid²⁷ en bevat als belangrijkste norm terzake het verbod van de bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat.²⁸ Een bedreiging van de veiligheid op lokaal of regionaal niveau zou kunnen worden gekeerd door een grondrechtenbeperking gebaseerd op de beperkingsgrond 'public safety', 'public order' of (de alleen in het EVRM gehanteerde grond) 'prevention of disorder'.²⁹ Bij de 'national security' zou het moeten gaan om het veiligheidsbelang van het hele land en niet alleen om de belangen van een bepaalde regering, een bepaald regime of een bepaalde heersende klasse.³⁰ Een grondrechtenbeperking gebaseerd op deze grond zou dus gericht moeten zijn op het bestrijden van een veiligheidsbedreiging van een aanzienlijke omvang, zowel wat betreft territoir als wat betreft ernst:

'Limitations are not based on "national security" (...) if their only purpose is to avoid riots or other troubles, or to frustrate revolutionary movements which do not threaten the life of the whole nation.'³¹

Uit het naast elkaar voorkomen van de beperkingsgronden 'national security', 'public safety', 'public order', 'territorial integrity' en 'the economic well-being of the country' in diverse bijzondere beperkingsclausules leidt Kiss eveneens af dat deze gronden klaarblijkelijk duidelijk van elkaar onderscheiden moeten worden, hoewel hij daaraan toevoegt:

'That does not mean that "territorial integrity" or even "economic well being" can never be relevant to national security, but they are not the same. A threat to territorial integrity or economic well-being is not in itself sufficient to constitute a threat to national security.'³²

Nu vallen zowel bij de opvatting dat bij de beperkingsgrond nationale veiligheid 'the life of the whole nation' in het geding moet zijn, als bij de opmerking van Kiss over de samenhang tussen 'national security', 'territorial integrity'

27 Zie art. 1 lid 1, art. 24 en Hoofdstuk VII van het VN-Handvest.

28 Art. 2 lid 4 VN-Handvest.

29 Kiss 1981, p. 296-297.

30 *Ibidem*.

31 Kiss 1981, p. 297.

32 Kiss 1981, p. 296. Ook Cameron 2000, p. 54, meent dat uit het naast elkaar voorkomen van diverse beperkingsgronden (in het EVRM) afgeleid moet worden dat een beperking die bijvoorbeeld gebaseerd kan worden op het belang van 'public safety', 'public order' of 'territorial integrity', niet te rechtvaardigen valt op grond van 'national security', aangezien het verdrag in zijn geheel geïnterpreteerd dient te worden en de diverse beperkingsgronden dus niet ten opzichte van elkaar als overbodig beschouwd kunnen worden. Hij voegt daar echter aan toe dat de beperkingsgronden elkaar wel kunnen overlappen en dat uit de jurisprudentie blijkt dat de toezichthoudende organen zich op het standpunt stellen dat de diverse beperkingsgronden elkaar niet uitsluiten. Deze jurisprudentie komt hieronder nog nader aan de orde.

en 'economic well-being' wel de nodige (kritische) kanttekeningen te plaatsen. Kiss heeft gelijk als hij bedoelt aan te duiden dat de beperkingsgrond nationale veiligheid niet gehanteerd moet worden voor situaties waarin sprake is van een lokale of geïsoleerde en incidentele bedreiging van de openbare veiligheid (de veiligheid in de publieke ruimte) of de veiligheid van individuen.³³ Of het bij de beperkingsgrond nationale veiligheid echter altijd moet gaan om een bedreiging van 'the life of the whole nation' en of een bedreiging van de territoriale integriteit van een staat niet min of meer automatisch een bedreiging van de nationale veiligheid vormt, kan worden betwist.

Om met het laatste te beginnen: het laat zich moeilijk voorstellen hoe een bedreiging voor de territoriale integriteit niet tevens een bedreiging voor de nationale veiligheid zou vormen. Kiss lijkt zichzelf op dit punt ook enigszins tegen te spreken, want na zijn hierboven aangehaalde opmerkingen, komt hij uiteindelijk tot de conclusie dat onder de term 'national security' in het IVBPR 'the protection of *territorial integrity* [curs. JPL] and political independence against foreign force or threats of force' moet worden verstaan.³⁴ Wellicht beoogt Kiss te stellen dat niet elke aantasting van de territoriale integriteit ook de politieke onafhankelijkheid van een staat in gevaar brengt en dat pas indien beide belangen in het geding zijn de nationale veiligheid gevaar loopt, maar ook een dergelijk onderscheid is toch eigenlijk nauwelijks te maken. Ook als slechts een deel van het territorium van een staat bedreigd wordt (bijvoorbeeld met inname door een buitenlandse mogendheid) is per definitie de territoriale integriteit van een staat in het geding en daarmee dus ook de politieke onafhankelijkheid van dat deel van die staat. De stelling dat de politieke onafhankelijkheid alleen in het geding zou kunnen komen bij aantasting van het complete territorium van een staat laat zich niet rijmen met de statenpraktijk op dit punt.

Met betrekking tot het eerste punt: Kiss' eis dat sprake moet zijn van een bedreiging van 'the life of the whole nation' biedt denk ik ook niet direct de extra duidelijkheid die hij ervan verwacht, want ook bij een bedreiging van slechts een deel van het territorium van een land kan heel goed beargumenteerd worden dat desalniettemin het (voort)bestaan van het land of de staat als geheel op het spel staat. Indien het deelterritorium inderdaad afgenomen of afgescheiden zou worden ondergaat de staat immers een ingrijpende wijziging en bestaat die niet meer in de oude vorm. Coliver legt Kiss' eis als volgt uit:

'To pose a threat to the entire country, it is not necessary that public disturbances threaten to erupt throughout the country, but their effects must be felt throughout, and the threats cannot be merely to the ruling party nor relatively isolated.'³⁵

33 Zie in die zin ook de *Siracusa Principles*. Principle 30 stelt: 'National security cannot be invoked as a reason for imposing limitations to prevent merely local or relatively isolated threats to law and order.'

34 Kiss 1981, p. 297.

35 Coliver 1998, p. 20.

Dit acht ik een correcte benadering.

Overigens lijkt Kiss bij bedreigingen van de 'national security' tamelijk eenzijdig het oog te hebben op bedreigingen van buitenaf, door buitenlandse mogendheden, hij spreekt immers van 'foreign force'. Een bedreiging van de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat kan immers evenzeer van binnen die staat zelf komen, in de vorm van bijvoorbeeld een afscheidingsbeweging die zelfstandigheid nastreeft of een etnische groep die aansluiting bij een andere staat (waar hun bevolkingsgroep de meerderheid vormt) nastreeft. In de *Siracusa Principles* wordt dit terecht in het midden gelaten. *Principle 29* stelt:

'National security may be invoked to justify measures limiting certain rights only when they are taken to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against force or threat of force'.

Maar ook bij deze omschrijving in *Principle 29* kunnen nog vraagtekens worden geplaatst. Wordt 'national security' zo niet te sterk gekoppeld aan het gebruik van geweld of de bedreiging met geweld? Gaat de omschrijving niet teveel uit van een inmiddels achterhaald concept van statelijke onafhankelijkheid, dat geen recht doet aan de toenemende internationale interdependentie van staten? Is het niet onterecht dat ernstige natuurrampen of rampen met chemische of nucleaire installaties (denk aan de Tsjernobyl-ramp in 1986) volgens *Principle 29* nimmer als bedreiging van de nationale veiligheid kunnen gelden, zeker als daarbij in het oog gehouden wordt dat dergelijke omstandigheden in de literatuur doorgaans wel worden aangemerkt als noodsituaties die aanleiding kunnen vormen tot het instellen van een noodtoestand waarin opschorting van bepaalde grondrechten mogelijk is?³⁶

5.4 ONTWIKKELINGEN IN DE STATENPRAKTIJK MET BETREKKING TOT HET CONCEPT VAN 'NATIONAL SECURITY'

In zijn studie naar de rol en betekenis van 'national security' binnen het kader van het EVRM gaat Cameron in op de reikwijdte van het concept 'national security'. Hij concludeert onder meer:

'[I]n an era of global interdependence, the ordinary meaning of a "national security" cannot be limited to the simple preservation of territorial integrity and political independence from external armed attack, or dictatorial interference by foreign powers. National security must also logically encompass espionage, economic or political, and covert (destabilising) action by foreign powers. Moreover, notwithstanding a lack of foreign involvement, purely internal threats to change the existing

³⁶ *Principle 29* lijkt aan te sluiten bij de opvatting van VN-rapporteur Daes. Zie *supra* § 2.2.2.

political order of the state by force (i.e. revolutionary subversion and terrorism) must also be covered. Certainly these are regarded by most if not all governments as legitimate national security concerns.³⁷

Daaraan kan nog worden toegevoegd dat ook de toenemende economische interdependentie van staten en de samenhang tussen economisch welzijn, politieke onafhankelijkheid en nationale veiligheid wellicht nopen tot een ruime opvatting aangaande reikwijdte van het begrip 'national security'. Intensieve regionale economische samenwerking en globalisering van de economie hebben ook gevolgen voor de nationale veiligheid, in die zin dat dergelijke ontwikkelingen het moeilijk maken om de nationale economische belangen van een bepaalde staat te scheiden van die van andere staten en leiden tot een nauwe verwevenheid van economische belangen met veiligheidsbelangen.³⁸ Zo kan een gecoördineerde 'aanval' van grote internationale 'spelers' (en dat kunnen staten zijn, maar ook private ondernemingen) op de wisselkoers van de munteenheid van een bepaalde staat heel goed niet alleen het economisch welzijn, maar ook de politieke stabiliteit en zelfs onafhankelijkheid van die staat bedreigen, zodat de nationale veiligheid van die staat in het geding komt. Daarnaast kan een terroristische aanslag op een relatief beperkt territorium, zoals bijvoorbeeld de aanslagen van 11 september 2001 in New York en Washington, vanwege de economische impact (paniek op de aandelenbeurzen en dergelijke) gevolgen hebben die zover gaan dat de stabiliteit van het economisch systeem, de basis onder de openbare financiën en daarmee nationale veiligheid aangetast wordt.³⁹

Ook kan worden opgemerkt dat zich in het laatste decennium in vele staten een trend aftekent waarin de grens tussen 'gewone' misdaadbestrijding en

37 Cameron 2000, p. 43.

38 Vgl. Cameron 2000, p. 71. Ter illustratie: In zijn openingstoespraak voor de conferentie 'Human Rights and Counter-Terrorism: International Monitoring Systems', die op 23 en 24 oktober 2003 in Geneve georganiseerd werd door de *International Commission of Jurists*, merkte Onder-Secretaris-Generaal van de VN Ordzhonikidze op dat '[t]he economic consequences of terrorism are often overlooked. Yet, it is estimated that the terrorist attacks on 11 September 2001 alone count for a one percent reduction of the world GNP'. In de antiterrorismewetgeving die kort na de aanslagen van 11 september 2001 met grote vaart door het Amerikaanse Congress werd geloodst – de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* van november 2001 (USA PATRIOT Act), *Pub. L. No. 107-56* (2001) – wordt 'national security' zeer breed omschreven als 'national defense, foreign relations, or economic interests of the United States' (8 U.S.C. § 1189(c)(2) (2003)).

39 VN Secretaris-Generaal Annan merkt in zijn in maart 2005 gepubliceerde rapport 'In larger freedom: towards development, security and human rights for all', VN Doc. A/59/2005, § 10, op dat terroristische aanslagen in één land ook de internationale vrede en ontwikkeling kunnen bedreigen: '[C]atastrophic terrorism on none side of the globe, for example an attack against a major financial centre in a rich country, could affect the development prospects of millions on the other by causing a major economic downturn and plunging millions into poverty.'

de bestrijding van bedreigingen voor de staatsveiligheid vervaagt. Cameron wijst op een algemene internationale ontwikkeling waarin veiligheidsdiensten een rol krijgen in de bestrijding van ernstige drugsmokkel en daaraan gerelateerde criminaliteit, mensensmokkel, wapensmokkel, smokkel van radioactief materiaal, corruptie (met name binnen de overheid) en de georganiseerde misdaad in het algemeen. Zelfs aan de traditionele georganiseerde misdaad kunnen staatsveiligheidsaspecten kleven, bijvoorbeeld wanneer smokkel van bepaalde goederen geschiedt met medewerking van een buitenlandse mogendheid of betrekking heeft op een staat waartegen VN- of EU-sancties gelden. Door het koppelen van verschillende bedreigingen en van verschillende overheidsdiensten die zich bezighouden met de bestrijding van die bedreigingen (de veiligheidsdiensten, de gewone politie, de douane, de immigratiedienst) vormt zich een 'nationale-veiligheidscontinuüm' waarin een veelheid van handelingen in verband wordt gebracht met de nationale veiligheid.⁴⁰

Het ontstaan van zo'n nationale-veiligheidscontinuüm is echter niet alleen een kwestie van 'kwaadwillendheid' aan de zijde van nationale overheden. Dat zou een al te makkelijke conclusie zijn. Het ontstaan ervan wordt ook in de hand gewerkt door algemene internationale ontwikkelingen, zoals globalisering, door de 'ongrijpbare' structuur van religieus geïnspireerde terroristische organisaties als *Al Qaeda*, door de feitelijke vermenging van terroristische en 'gewone' criminele organisaties en door de – na de val van de communistische regimes in het voormalige Oostblok – vergrote risico's dat terroristische organisaties de beschikking krijgen over zogenaamde massavernietigingswapens (chemische, biologische of nucleaire wapens).⁴¹ Illustratief is de volgende

40 Cameron 2000, p. 69. Zie bijvoorbeeld ook VN-Mensenrechtencomité 20 juli 1990, Comm. No. 193/1985 (Giry/Dominican Republic), VN Doc. CCPR/C/39/D/193/1985, waarin de regering van de Dominicaanse Republiek de uitzetting van een vermeende drugsmokkelaar naar de VS zonder hem de mogelijkheid te geven zijn uitzetting aan te vechten bij een rechterlijke instantie trachtte te rechtvaardigen door te verwijzen naar de 'national security'-uitzondering van artikel 13 IVBPR.

41 Zie o.m. het interessante rapport van Ron Purver, een strategisch analist bij de Canadese Security Intelligence Service, waarin op grond van openbaar toegankelijk bronnen geïnventariseerd wordt hoe groot de risico's zijn dat terroristische groeperingen de beschikking zouden kunnen krijgen over vooral chemische en biologische (CB) wapens. Hij concludeert o.m.: '[A]part from manufacturing it themselves, terrorist groups could acquire CB agents by (in some cases) purchasing them directly from legitimate suppliers; stealing them from research facilities or military installations (which are said to be less well-guarded than their nuclear counterparts); or receiving them from foreign state sponsors. Many hazardous substances suitable for use directly as chemical or biological weapons are commercially available with minimal, if any, restrictions. Most likely biological agents also occur naturally in the environment. Some state sponsors of terrorism have active CBW programmes, and many analysts speculate that terrorists could obtain such weapons directly in this way. However, others maintain that state sponsors would be unlikely to provide their clients with such weapons for fear of retribution, and that state sponsorship may therefore in fact act as a kind of brake on the use of CB agents by terrorists. Theft from the existing large stockpiles of chemical weapons worldwide, especially in the states of the former Soviet Union, is another possibility, of course.' Hij beschrijft in dit rapport overigens ook diverse

opmerking van de VN-Speciaal Rapporteur inzake Terrorisme en Mensenrechten uit 2002:

‘While they originally focused on the differences between transnational criminal organizations and terrorist groups, there now seems to be a growing apprehension among States Members of the United Nations concerning the links and symbiotic relationships between such organizations and groups. Increased access to technology, information and communication has benefited criminal enterprises and terrorist groups such as Al Qaeda, and globalization has allowed them to network, exploit and transfer funds transnationally, to have access to weapons and military equipment and to maximize synergetic connections with organized crime. Some of the actions and operations of these terrorist organizations now raise novel questions and contention in international law.’⁴²

Daarnaast heeft ook het gewijzigd karakter van terroristische aanslagen consequenties voor de overheidsmaatregelen die worden getroffen om terrorisme te bestrijden. In de eerste druk van hun boek *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security* uit 1999 uitten de Amerikaanse auteurs Cole en Dempsey kritiek op de toenmalige Amerikaanse anti-terroriswetgeving en de inbreuken op allerhande mensenrechten die daaruit voortvloeiden. Eén van hun argumenten was dat alle beperkende maatregelen toch geen nut hadden voor de bestrijding van ‘the lone terrorist, the member of no known group’, het type Timothy VcVeigh (die in april 1995 een bomaanslag pleegde op een gebouw van de federale overheid in Oklahoma City). Verder merkten zij op:

‘There are a number of reasons to be skeptical about the claim that terrorists or their weapons have changed qualitatively in ways that justify a curtailment of civil liberties. First, there is reason to question the claim that terrorists today “know no bounds.” Hamas, Hizbollah, and Islamic Jihad, for example, have been engaged for many years in terrorism motivated in part by concepts of religious martyrdom, yet they have strategically targeted and timed their attacks to further their political agenda, and have not sought mass destruction.’⁴³

De terroristische aanslagen van 11 september 2001 in de VS en de reeks aanslagen tegen ‘westerse’ doelen die sindsdien gepleegd is (onder meer Kuta 2002; Casablanca 2002; Djakarta 2003; Madrid 2004, Londen 2005) hebben aangetoond dat massavernietiging en destabilisering van staten wel degelijk doelen zijn

pogingen tot en bedreigingen met terroristische CB-aanslagen, reeds in de jaren '70 en '80, door organisaties als de Duitse Rote Armee Fraction en de Baader-Meinhof Gruppe. R. Purver, *Chemical and Biological Terrorism: The Threat According to the Open Literature*, CSIS/CSRS 1995, te raadplegen op http://www.csis-scrs.gc.ca/eng/miscdocs/tabintr_e.html (geraadpleegd op 21 april 2004).

42 VN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35, § 62.

43 Cole & Dempsey 1999, p. 152.

van het hedendaagse religieus-fundamentalistische, islamistische terrorisme.⁴⁴ Daar komt bij dat deze aanslagen gepleegd worden door personen die bereid zijn hun leven op te offeren bij hun terroristische acties.⁴⁵ Vanwege deze combinatie wordt deze nieuwe vorm van terrorisme wel aangeduid als 'catastrofaal terrorisme'⁴⁶ of 'apocalyptisch terrorisme'.⁴⁷ De bescherming van de staatsveiligheid tegen dergelijke vormen van terrorisme kan niet slechts geschieden door bestraffing achteraf (er valt in veel gevallen niemand meer te bestraffen), maar vergt – nog nadrukkelijker dan bij kleinschaliger aanslagen – preventieve maatregelen en ingrijpen vooraf ter voorkoming van die aanslagen. Bovendien is de netwerk-organisatie van terroristische groeperingen menigmaal dermate ongrijpbaar dat er weinig of geen personen aan te wijzen zijn tegen wie een concrete verdenking bestaat. Dit heeft zowel in de VS als in Europa geleid tot een roep om – en het realiseren van – 'ambitious intelli-

44 De bovenstaande passage werd in de tweede druk van het boek van Cole en Dempsey uit 2002 dan ook niet meer opgenomen. Vgl. op dit punt De Wijk 2004, p. 44: 'De huidige terroristische dreiging wijkt fundamenteel af van het traditionele terrorisme waarmee sommige Europese landen al tientallen jaren kampen. Een belangrijke categorie terroristen waarmee landen als Duitsland en Italië te maken hadden, was politiek gemotiveerd. Bewegingen met extreme opvattingen, zoals de Italiaanse Rode brigades en de Duitse Rote Armee Fraktion, trachtten de politiek of sociale orde te veranderen. Een andere belangrijke categorie zijn de separatistische bewegingen, zoals de Baskische ETA en de Noord-Ierse IRA. De doelstellingen van deze bewegingen waren en zijn relatief beperkt. Dat gold ook voor de gebruikte methoden. Deze varieerden van het liquideren en gijzelen van politici en andere "machthebbers" tot bomaanslagen tegen objecten. Hoewel terroristen een sfeer van onveiligheid creëerden, waardoor de bevolking zijn vertrouwen in de overheid kon verliezen, richtten de aanslagen zich in beginsel niet op de bevolking zelf.'

45 Zie hierover o.m. De Wijk 2004, p. 51-54. Hij merkt op dat er op zich aanzienlijke successen zijn behaald in de strijd tegen het terrorisme, zo is *Al Qaeda* zijn vrijplaats Afghanistan kwijtgeraakt, maar dat paradoxaal genoeg de veiligheid in Europa daardoor eerder verslechtert dan verbetert. Ten eerste is het internationale terrorisme zich gaan reorganiseren in kleinere, meer verspreide cellen, die moeilijk te infiltreren en te elimineren zijn. Ten tweede lijken de terroristen juist meer gemotiveerd te raken. Het is beter te sterven voor 'de goede zaak' dan te worden gedood door agenten van de 'Alliantie van Kruisvaarders en Zionisten'. Ten derde heeft de strijd tegen het terrorisme moslims in westerse landen in het nauw gedreven. Sociale en economische marginalisatie zal leiden tot radicalisering van jonge moslims. Daardoor vormen zij een mogelijke rekruteringsbasis voor extremisten.

46 De Wijk 2004, p. 44

47 De Graaf 2004, p. 46. Bij deze groepen terroristen leeft nl. de overtuiging dat de bestaande orde moet worden weggevaagd om een nieuwe te creëren. De Graaf noemt overigens niet alleen *Al Qaeda* als een terroristische organisatie van dit type, maar merkt op dat ook het gedachtegoed van de sekte Aum Shinrikyo (verantwoordelijk voor een aanslag met het gas sarin in de metro van Tokio in 1995 – 168 dodelijke slachtoffers), van de christelijk geïnspireerde milities en *survivalists* in de VS waarmee Timothy McVeigh zich verbonden voelde en van bepaalde groepen van milieuactivisten gelijkenissen heeft met dergelijke 'destructief religieuze verlangens'.

gence gathering programmes using mass surveillance systems⁴⁸ en een uitbreiding van het aandachtsgebied van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.⁴⁹ ‘Signals intelligence’ (sigint) en ‘ethnic profiling’ zijn begrippen die in dit verband discussie hebben opgeleverd. Hierbij gaat het om het ongericht verzamelen van gegevens,⁵⁰ onderscheppen van (tele)communicatie en het specifiek in de gaten houden van bepaalde bevolkingsgroepen (personen van Arabische afkomst, moslims) om door middel van koppelen van deze verzamelde gegevens wellicht op profielen uit te komen van personen tegen wie dan wel een concrete verdenking zou kunnen rijzen. Het resultaat is een situatie waarin ‘iedereen’ in zekere mate in de gaten wordt gehouden⁵¹ en op grond van een ‘verdachte combinatie van gegevens’, getroffen kan worden door dwangmiddelen, verhoor en detentie, ook al is er nog geen sprake van een concrete verdenking: het doel is namelijk niet zozeer voorgeleiding ter

48 IPTS-rapport 2003, p. 8. Dit rapport, opgesteld door het onderzoekscentrum van de Europese Commissie en externe deskundigen ten behoeve van het Europees Parlement, stelt onder meer: ‘The main characteristic of the new [security] paradigm is a shift from “reactive” to “pro-active” modes of security protection using ICT-based systems to facilitate data collection and sharing between multiple sources in support of intelligence gathering.’ Overigens concludeert het rapport ook dat veel van de veiligheidsmaatregelen ingevoerd na 11 september 2001, reeds voor die tijd op de agenda stonden, maar toen nog op veel grotere politieke weerstand stuitten. ‘9/11’ vormde dan ook niet zozeer de *reden*, maar wel de *aanleiding* voor het nieuwe veiligheidsparadigma.

49 De diensten trachten potentiële dreigingen in een vroeg stadium als zodanig te identificeren. Dit brengt met zich dat binnen het aandachtsgebied van de veiligheidsdiensten nu zeer uiteenlopende onderwerpen vallen, zoals de spanningen tussen bevolkingsgroepen, de werving van jihad-strijders, de smokkel van wapens en nucleair materiaal en de internationaal vertakte georganiseerde misdaad.

50 Cole & Dempsey 2002, p. 166-167, geven aan dat waar het verzamelen van persoonsgegevens en andere informatie voorheen alleen mocht geschieden in het kader van een onderzoek vanwege de verdenking van een strafbaar feit, deze koppeling door de invoering van de USA PATRIOT Act geheel is losgelaten. Inbeslagname van gegevensbestanden en andere objecten kan nu reeds geschieden ‘to protect against international terrorism or clandestine intelligence activities’ (USA PATRIOT Act, Section 215, amending 50 U.S.C. § 1862 en 1863) zonder enige aanwijzing omtrent criminele activiteiten: ‘Previously, the FBI could get the credit card records of anyone suspected of being a foreign agent. Under the PATRIOT act, the FBI can get the entire database of the credit card company. Under the prior law, the FBI could get library-borrowing records only by complying with state law, and always had to ask for the records of a specific patron. Under the PATRIOT Act, the FBI can go into a public library and ask for the records on everybody who ever used the library, or who used it on a certain day, or who checked out certain kinds of books. It can do the same at any bank, telephone company, hotel or motel, hospital, or university – merely upon the claim that the information is “sought for” an investigation to protect against international terrorism or clandestine intelligence activities.’

51 IPTS-rapport 2003, p. 10: ‘[O]ur societies evolve into what could be called “surveillance” societies’.

berechting, maar uitschakeling door detentie, ondervraging en eventueel (voor zover het om vreemdelingen gaat) uitzetting.⁵²

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de aard van bedreigingen van de nationale veiligheid of staatsveiligheid verandert in lijn met het veranderende karakter van de staat c.q. de overheid zelf. Zo gaat het bij spionage die als bedreiging van de nationale veiligheid wordt beschouwd niet alleen om de diefstal van militaire geheimen, militaire technologie of belangrijke diplomatieke documenten, maar ook om diefstal van geheime informatie over de staatsfinanciën of van bedrijfsgeheimen van private ondernemingen die belangrijke publieke taken vervullen. Tevens wordt het door de privatisering van overheidstaken moeilijker om een duidelijk onderscheid te maken tussen de publieke en de private sector.⁵³

5.5 JURISPRUDENTIE: IVBPR EN AVRVM

Vraag is of de bovenstaande ontwikkelingen ook gevolgen hebben of zouden moeten hebben voor de interpretatie van het begrip 'national security' zoals dat voorkomt in de bijzondere beperkingsclausules in de diverse mensenrechtenverdragen. In het algemeen kan daarover worden opgemerkt dat de organen die toezicht houden op de naleving van de mensenrechtenverdragen bij de interpretatie van begrippen uit die verdragen niet gebonden zijn aan de opinies van verdragsstaten of aan de betekenis die in het nationale recht van de verdragsstaten aan die begrippen wordt toegekend. Hoewel in bepaalde gevallen bij de interpretatie van begrippen of de beoordeling van overheidsmaatregelen rekening wordt gehouden met de praktijk in de verdragsstaten,

52 In extremis is dit zichtbaar in het nationale-veiligheidsbeleid van de VS. Harris analyseert dat in de strijd tegen het terrorisme na '9/11' het 'criminal model' (d.w.z. onderzoek instellen jegens personen die verdacht worden van een bepaald misdrijf) niet alleen is ingeruild voor 'political monitoring, counter-intelligence, and ethnic targeting', maar zelfs heeft plaatsgemaakt voor een 'war model' waarbinnen 'a suspected terrorist, without even showing of probable cause to believe that he has committed a crime, may be held indefinitely in military detention as an "enemy combatant" or assassinated by a military missile attack'. Hij verwijst hierbij o.m. naar het zonder voorgeleiding aan een rechter (en zonder bijstand van een advocaat) gevangen houden van de Amerikaanse staatsburger Jose Padilla die werd gearresteerd in Chicago op verdenking van 'banden met Al Qaeda' en naar de CIA-actie in Jemen op 4 november 2002 waarbij een auto met daarin 6 personen waarvan men aannam dat zij deel uitmaakten van het Al Qaeda-netwerk d.m.v. een vanaf een onbemand spionagevliegtuigje (een zgn. 'drone') afgevuurde Hellfire-raket werd opgeblazen (Harris 2003, p. 136, 140 en 148). Zie over de detentie door de VS van van zgn. 'unlawful enemy combatants' ook het zeer kritische en uitvoerige betoog van Paust: Paust 2003, p. 503-532.

53 Cameron 2000, p. 70. Die grens tussen beide sectoren in relatie tot nationale veiligheid was overigens van oudsher reeds vaag, omdat er altijd al private ondernemingen betrokken waren bij de ontwikkeling van (geheime) militaire technologie.

zeker als die in grote mate met elkaar overeenkomt,⁵⁴ hebben de verdragsbegrippen in beginsel een autonome betekenis onafhankelijk van nationale wetgeving of context.⁵⁵

Het VN-Mensenrechtencomité heeft in zijn uitspraken naar aanleiding van individuele klachten en in zijn *concluding observations* naar aanleiding van de bespreking van statenrapporten tot dusverre geen nadere definitie gegeven van het begrip 'national security'. Ook in de uitgebrachte *general comments* wordt hieraan geen aandacht besteed. Tot het midden van de jaren '90 leek het Comité zelfs nauwelijks te toetsen of een staat terecht een beroep deed op de beperkingsgrond 'national security'. In zaken waarin staten zich beriepen op de nationale-veiligheidsexceptie van artikel 13 IVBPR bij de uitzetting van vreemdelingen stelde het Comité simpelweg dat het niet zijn taak was 'to test a sovereign State's evaluation of an alien's security rating'.⁵⁶ In een geval waarin aan een Koerdische asielzoeker door de Zweedse autoriteiten stringente beperkingen van zijn bewegingsvrijheid waren opgelegd (hij mocht slechts binnen een beperkt gebied van Zweden begeven en moest zich wekelijks melden bij de vreemdelingenpolitie) vanwege – ongesubstantieerde – verdenkingen van terroristische activiteiten die bij de Zweedse veiligheidsdienst jegens hem waren gerezen redeneerde het Comité ook zeer kort:

'[B]earing in mind that the State party has invoked reasons of national security to justify the restrictions on the author's freedom of movement, the Committee finds that the restrictions to which the author was subjected were compatible with those allowed pursuant to article 12, paragraph 3, of the Covenant.'⁵⁷

Sinds 1995 heeft het Comité echter in een drietal zaken tegen de Republiek Korea (Zuid-Korea), beperkingen van de uitingsvrijheid en vergadervrijheid die aan politici en vakbondsbestuurders waren opgelegd, omdat zij sympathie

54 Dit komt vooral voor binnen het bestek van de toetsing aan het EVRM. Er wordt dan gesproken van een 'European common ground', van 'European common standards' of van het 'consensus principle'. Zie Schokkenbroek 1990, p. 55-56; Schokkenbroek 1996, p. 206-207; Heringa 1996, p. 108-145; Van de Lanotte e.a 1997, p. 207.

55 Zie m.b.t. het EVRM Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 77. Het VN-Mensenrechtencomité hanteert m.b.t. het IVBPR een zelfde benadering. Zie VN-Mensenrechtencomité 7 april 1982, Comm. No. 50/1979 (G.C. van Duzen/Canada), VN Doc. CCPR/C/15/D/50/1979, § 10.2: 'The Committee further notes that its interpretation and application of the International Covenant on Civil and Political Rights has to be based on the principle that the terms and concepts of the Covenant are independent of any particular national system or law and of all dictionary definitions. Although the terms of the Covenant are derived from long traditions within many nations, the Committee must now regard them as having an autonomous meaning.'

56 VN-Mensenrechtencomité 18 juli 1988, Comm. No. 236/1987 (V.M.R.B./Canada), VN Doc. CCPR/C/33/D/236/1987, § 6.3; VN-Mensenrechtencomité 30 maart 1989, Comm. No. 296/1988 (J.R.C./Costa Rica), VN Doc. CCPR/C/35/D/296/1988, § 8.4.

57 VN-Mensenrechtencomité 18 juli 1994, Comm. No. 456/1991 (Celepli/Sweden), VN Doc. CCPR/C/51/D/456/1991, § 9.2.

hadden uitgesproken voor het socialistische of communistische gedachtegoed of omdat zij stakingen hadden ondersteund, en die Korea trachtte te rechtvaardigen met een beroep op het belang van de nationale veiligheid (in verband met de zeer gespannen situatie met Noord-Korea) een veel stringenter toets aangelegd naar de gerechtvaardigdheid van het invoeren van de beperkingsgrond 'national security' en de noodzaak om de gewraakte beperkingen op te leggen. Illustratief is de onderstaande overweging in de zaak *Kim/Republic of Korea* uit 1998:

'The Committee notes that the author was convicted for having read out and distributed printed material which were seen as coinciding with the policy statements of the DPRK (North Korea), with which country the State party was in a state of war. He was convicted by the courts on the basis of a finding that he had done this with the intention of siding with the activities of the DPRK. The Supreme Court held that the mere knowledge that the activity could be of benefit to North Korea was sufficient to establish guilt. Even taking that matter into account, the Committee has to consider whether the author's political speech and his distribution of political documents were of a nature to attract the restriction allowed by article 19 (3) namely the protection of national security. It is plain that North Korean policies were well known within the territory of the State party and it is not clear how the (undefined) "benefit" that might arise for the DPRK from the publication of views similar to their own created a risk to national security, nor is it clear what was the nature and extent of any such risk. There is no indication that the courts, at any level, addressed those questions or considered whether the contents of the speech or the documents had any additional effect upon the audience or readers such as to threaten public security, the protection of which would justify restriction within the terms of the Covenant as being *necessary*. (...)

The Committee considers, therefore, that the State party has failed to specify the precise nature of the threat allegedly posed by the author's exercise of freedom of expression, and that the State party has not provided specific justifications as to why over and above prosecuting the author for contraventions of the Law on Assembly and Demonstration and the Law on Punishment of Violent Activities (which forms no part of the author's complaint), it was necessary for national security, also to prosecute the author for the exercise of his freedom of expression. The Committee considers therefore that the restriction of the author's right to freedom of expression was not compatible with the requirements of article 19, paragraph 3, of the Covenant.⁵⁸

58 VN-Mensenrechtencomité 3 november 1998, Comm. No. 574/1994 (Kim/Republic of Korea), VN Doc. CCPR/C/64/D/574/1994, § 12.4-12.5. Zie ook VN-Mensenrechtencomité 19 juli 1995, Comm. No. 518/1992 (Sohn/Republic of Korea), VN Doc. CCPR/C/54/D/518/1992, § 10.4: 'The Committee notes that the State party has invoked national security and public order by reference to the general nature of the labour movement and by alleging that the statement issued by the author in collaboration with others was a disguise for the incitement to a national strike. The Committee considers that the State party has failed to specify the precise nature of the threat which it contends that the author's exercise of freedom of expression posed and finds that none of the arguments advanced by the State party suffice

Uit deze zaak blijkt bovendien dat er een relatie is tussen de wijze waarop in het nationale recht voorzien is in controlemechanismen ten aanzien van de gerechtvaardigdheid van het invoeren van de nationale veiligheid als beperkingsgrond van bepaalde grondrechten en de indringendheid van de toetsing door het Comité: 'The need for careful scrutiny by the Committee is emphasised by the broad and unspecific terms in which the offence under the National Security Law is formulated.'⁵⁹ Meer in het algemeen heeft het Mensenrechtencomité ten aanzien van de beperkingsgrond 'national security' opgemerkt dat overwegingen van nationale veiligheid in ieder geval nooit mogen leiden tot 'impunity' van overheids- en (met name) politiefunctionarissen bij machtsmisbruik en excessief of ongerechtvaardigd geweldgebruik.⁶⁰

Een laatste vermeldenswaardig punt dat met betrekking tot de beperkingsgrond 'national security' uit de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité naar voren komt, is dat het Comité in diverse zaken heeft benadrukt dat de bijzondere beperkingsclausules in het IVBPR strikt moeten worden geïnterpre-

to render the restriction of the author's right to freedom of expression compatible with paragraph 3 of article 19.'; VN-Mensenrechtencomité 20 oktober 1998, Comm. No. 628/1995 (Park/Republic of Korea), VN Doc. CCPR/C/64/D/628/1995, § 10.3: 'The Committee notes that the State party has invoked national security by reference to the general situation in the country and the threat posed by "North Korean communists". The Committee considers that the State party has failed to specify the precise nature of the threat which it contends that the author's exercise of freedom of expression posed and finds that none of the arguments advanced by the State party suffice to render the restriction of the author's right to freedom of expression compatible with paragraph 3 of article 19. The Committee has carefully studied the judicial decisions by which the author was convicted and finds that neither those decisions nor the submissions by the State party show that the author's conviction was necessary for the protection of one of the legitimate purposes set forth by article 19 (3).'

- 59 VN-Mensenrechtencomité 3 november 1998, Comm. No. 574/1994 (Kim/Republic of Korea), VN Doc. CCPR/C/64/D/574/1994, § 12.3. In VN-Mensenrechtencomité 26 oktober 2000, Comm. No. 833/1998 (Karker/France), VN Doc. CCPR/C/70/D/833/1998, doet zich de omgekeerde situatie voor. Ten aanzien van een vreemdeling aan wie beperkingen op de vestigings- en verplaatsingsvrijheid waren opgelegd om redenen van nationale veiligheid, bood het Franse recht voldoende mogelijkheden om deze maatregelen door een rechterlijke instantie te laten toetsen, waarbij aandacht besteed kon worden (en ook daadwerkelijk was) aan de vraag of de maatregelen inderdaad nodig waren met het oog op de nationale veiligheid. In die situatie concludeert het Comité kortweg dat aangenomen mag worden dat het beroep op de nationale veiligheid dan geacht mag worden terecht te zijn. Ten aanzien van Zuid-Korea heeft het Mensenrechtencomité, in 1999, in zijn *concluding observations* naar aanleiding van de bespreking van het tweede door Korea ingediende statenrapport, in het algemeen gesteld dat de beperkingen die op grond van de National Security Law kunnen worden aangebracht dermate ingrijpend en ongeclausuleerd zijn dat zij niet verenigbaar zijn met artikel 19 IVBPR (VN Doc. CCPR/C/79/Add. 114, § 8-9). Zie hierover ook de *Siracusa Principles*; Principle 31 stelt: 'National security cannot be used as a pretext for imposing vague or arbitrary limitations and may only be invoked when there exist adequate safeguards and effective remedies against abuse.'

- 60 *Concluding observations* van het VN-Mensenrechtencomité naar aanleiding van de bespreking van het tweede periodieke statenrapport van Soedan, vastgesteld op 5 november 1997, VN Doc. CCPR/C/79/Add. 85, § 13.

teerd en dat bijvoorbeeld bij de godsdienst- en gewetensvrijheid van artikel 18 beperkingen alleen zijn toegelaten op grond van de in het derde lid van dat artikel opgenomen gronden – waaronder ‘public order’ – en niet op gronden die daar niet expliciet worden genoemd, zoals ‘national security’.⁶¹

Het VN-Mensenrechtencomité heeft in een enkel oordeel tot dusverre wel enige opmerkingen gemaakt over een positieve verplichting van staten tot bescherming van hun onderdanen tegen geweld, zonder dit te gieten in termen van nationale veiligheid.⁶²

In de jurisprudentie van het IAHRM is tot dusverre nog geen nadere definitie van het begrip ‘national security’ geformuleerd. Dit mag enigszins opvallend genoemd worden nu het concept van ‘national security’ in het laatste kwart van de vorige eeuw in vele dictatoriaal bestuurde staten van Latijns-Amerika zo’n prominente rol speelde.⁶³ Het is echter zo dat voor zover in de IAHRM-jurisprudentie overheidsop treden – optreden van staatsveiligheidstroepen en dergelijke – getoetst werd, dit gebeurde aan de hand van AVRMBepalingen die rechten garanderen die niet aan beperkingen onderhevig zijn of althans de beperkingsgrond ‘national security’ niet kennen. Het enige wat het Hof tot dusverre over het concept van nationale veiligheid heeft opgemerkt is dat staten het recht en zelfs de verplichting hebben om hun veiligheid te waarborgen, maar dat dit altijd moet gebeuren met inachtneming van het respect voor de menselijke waardigheid en op een zodanige wijze dat de in het AVRMBegarandeerde fundamentele rechten van burgers niet worden geschonden.⁶⁴

61 Zie ook VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 22*, § 8. Dit *general comment* werd vastgesteld in 1993 en is opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, p. 144-146.

62 VN-Mensenrechtencomité 12 juli 1990, Comm.no. 195/1985 (Delgado Paez/Colombia), VN Doc. CCPR/C/39/D/195/1985. De indiener van de betreffende klacht bij het comité werd geconfronteerd met doodsb bedreigingen. Het comité merkte op: ‘Although in the [International Covenant on Civil and Political Rights] (...), the only reference to the right of security of person is to be found in article 9, there is no evidence that [this] was intended to narrow the concept of the right to security only to situations of formal deprivation of liberty. (...) States parties have undertaken to guarantee the rights enshrined in the Covenant. It cannot be the case that, as a matter of law, States can ignore known threats to the life of persons under their jurisdiction, just because he or she is not arrested or otherwise detained. States parties are under an obligation to take reasonable and appropriate measures to protect them. An interpretation of article 9 which would allow a State party to ignore threats to the personal security of non-detained persons within its jurisdiction would render totally ineffective the guarantees of the Covenant.’ Ook het CEDAW heeft een verantwoordelijkheid van de staat voor de veiligheid van zijn onderdanen en in het bijzonder voor de bescherming tegen terroristische activiteiten gestipuleerd (zie VN Doc. A/54/38 (1995), § 78).

63 Voor een uitvoeriger analyse van de relevante IAHRM-jurisprudentie verwijs ik naar Svensson-McCarthy 1998, p. 166-177. Ook sinds de afsluiting van haar onderzoek, op 1 januari 1997, is de beperkingsgrond ‘national security’ in de IAHRM-uitspraken niet nadrukkelijk aan de orde gekomen.

64 IAHRM 29 juli 1988, *Series C* No. 4 (Velásquez Rodríguez/Honduras), § 154. Deze zaak betrof hoofdzakelijk zogenaamde ‘involuntary disappearances’. Vgl. *Annual Report of the*

De Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: IACieRM) heeft hier een enkele malen wat uitvoeriger bij stilgestaan. In haar jaarverslag over 1990-1991 merkte zij op:

‘[T]he Commission has often heard the argument that human rights violations are inevitable because they are the consequence of the “war” created by armed groups, who are generally portrayed as terrorists. Thus, human rights violations are being justified as a necessary byproduct of an armed conflict that the authorities and security forces do not admit to having provoked. In the Commission’s judgment, this is an invalid argument; consequently, it has repeatedly asserted that unqualified respect for human rights must be a fundamental part of any anti-subversive strategies when such strategies have to be implemented.’⁶⁵

In een recent rapport van de IACieRM ging zij nadrukkelijk in op de opdracht voor de staat om zijn burgers te beschermen tegen geweld en gaf daarbij tevens, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof, aan in hoeverre in het kader van die opdracht tot bescherming door overheidsfunctionarissen zelf (dodelijk) geweld mag worden toegepast:

‘[I]n situations where a state’s population is threatened by violence, the state has the right and obligation to protect the population against such threats (...) and in so doing may use lethal force in certain situations. This includes, for example, the use of lethal force by law enforcement officials where strictly unavoidable to protect themselves or other persons from imminent threat of death or serious injury (...) or to otherwise maintain law and order where strictly necessary and proportionate. The Court has explained that, in such circumstances, states have the right to use force, “even if this implies depriving people of their lives (...). There is an abundance of reflections in philosophy and history as to how the death of individuals in these circumstances generates no responsibility whatsoever against the State or its officials.” (...)’

The means that can be used by the state while protecting its security or that of its citizens are not unlimited, however. To the contrary, as specified by the Court, “regardless of the seriousness of certain actions and the culpability of the perpetrators of certain crimes, the power of the State is not unlimited, nor may the State resort to any means to attain its ends”.⁶⁶

Inter-American Commission of Human Rights 1999, Case 11.182, Report no. 49/00 (Asencios Lindo et al./Peru), § 58.

65 *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 1990-1991, Ch. V, Part II, p. 512.

66 *Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5, rev. 1 corr. (22 Oktober 2002), § 87 en 89. De Commissie haalt hierin IAHRM 19 januari 1995, *Series C* No. 20 (Neira Alegria/Peru), § 74-75, aan.

5.6 JURISPRUDENTIE: EVRM

In EVRM-verband is in verschillende zaken een beroep gedaan op de beperkingsgrond 'national security', maar een echte definitie van dit begrip wordt in die zaken niet gegeven. In 1993 merkte de ECieRM in een ontvankelijkheidsbeslissing expliciet op dat het begrip 'national security' niet uitputtend omschreven kan worden.⁶⁷ Wel blijkt uit een aantal uitspraken welk type overheidsmaatregelen onder dit begrip kunnen vallen. Die overheidsmaatregelen kunnen grofweg ingedeeld worden in een vijftal categorieën: (a) ingrepen ter bescherming van staatsgeheimen en militaire geheimen; (b) geheime bespiegeling en toezicht op telecommunicatiemiddelen door veiligheidsdiensten; (c) handhaving van de discipline en orde binnen het militair apparaat en het ambtenarenapparaat; (d) bestrijding van separatistische of terroristische organisaties of andere organisaties die als gevaar voor de nationale eenheid beschouwd kunnen worden; (e) verbieden en bestraffen van uitingen waarin steun aan separatisme of terrorisme wordt uitgesproken of uitingen die anderszins als aantasting van de nationale eenheid worden beschouwd.

5.6.1 Bescherming van staatsgeheimen en militaire geheimen

In de ontvankelijkheidsbeslissing van de ECieRM in de zaak *M/France* ging het om spionage en de bescherming van staats- en militaire of economische geheimen.⁶⁸ De zaak betrof de strafrechtelijke vervolging en uitzetting van een Roemeen die ervan verdacht werd wetenschappelijke informatie van het Franse computeronderzoekscentrum waar hij werkzaam was te hebben doorgespeeld aan de Roemeense geheime dienst. Hij was namelijk door de Franse veiligheidsdienst betrappt in het bezit van een geavanceerd gecodeerd communicatiesysteem waarmee hij contact onderhield met Roemeense overheidsfunctionarissen. De Roemeen ontkende de aantijgingen van spionage (hij had ook direct de door hem gehanteerde communicatiecode afgegeven aan de Franse veiligheidsdienst), maar werd desondanks veroordeeld en na het uitzitten van een klein gedeelte van zijn straf uitgezet naar Roemenië. Hij betoogde bij de Commissie met name dat de strafrechtelijke vervolging en bestraffing van zijn communicatie met Roemenië een ongerechtvaardigde inbreuk opleverde op zijn vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM). De Franse regering stelde zich op het standpunt dat de inbreuk noodzakelijk was ter bescherming van de nationale veiligheid. De Commissie accepteerde in deze zaak de redeneerwijze die ook de Franse rechterlijke instanties hadden gehanteerd bij de strafrechtelijke veroordeling wegens spionage: weliswaar kon de daadwerkelijke

67 ECieRM 2 april 1993, appl.no. 18601/91 (Esbestier/UK), niet gepubliceerd.

68 ECieRM 13 december 1984 (ontv.besl.), appl.no. 100078/82 (*M/France*), *D&R* Vol. 41, p. 103-122.

spionage (het feitelijk doorspelen van militaire of economische geheimen van het computeronderzoekscentrum niet worden bewezen), maar het feit dat de Roemeen in het bezit was van een systeem om per computer gecodeerd te communiceren met buitenlandse overheidsfunctionarissen is voldoende om de nationale veiligheid daadwerkelijk in gevaar en de inbreuk op de uitingsvrijheid gerechtvaardigd te achten.

In 1991 oordeelde het EHRM over een Brits publicatieverbod ten aanzien van (geheime) informatie die schade zou kunnen toebrengen aan het functioneren van de staatsveiligheidsdienst van het land.⁶⁹ Het betrof publicatieverboden opgelegd aan diverse Britse dagbladen ten aanzien van voorpublicaties uit het boek *Spycatcher*, geschreven door een oud-medewerker van de Britse geheime dienst MI5, waarin de auteur onder meer uit de doeken deed welke activiteiten hij had ontplooid in het kader van contraspionage. Het Hof stelde in deze zaak dat

‘Article 10 of the Convention does not in terms prohibit the imposition of prior restraints on publication, as such. This is evidenced not only by the words “conditions”, “restrictions”, “preventing” and “prevention” which appear in that provision, but also by the Court’s *Sunday Times* judgment of 26 April 1979 and its *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann* judgment of 20 November 1989 (Series A no. 165). On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest.’⁷⁰

Het Hof accepteerde dat de *in casu* opgelegde beperkingen van de uitingsvrijheid twee in het licht van artikel 10, tweede lid, EVRM legitieme doelen dienden: de waarborging van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht⁷¹ en de bescherming van de nationale veiligheid. Voor een deel van de periode waarvoor de publicatieverboden golden achtte het Hof deze ook gerechtvaardigd, maar voor een ander deel niet. De publicatieverboden golden namelijk ook nog nadat het boek *Spycatcher* in het buitenland reeds was verschenen en toegang tot de daarin opgenomen informatie dus via andere weg mogelijk was geworden. In het licht van die gewijzigde omstandigheden vond het Hof die continuering van de inbreuk op de uitingsvrijheid niet langer voldoende beargumenteerd met een beroep op de bovengenoemde belangen, met name omdat – nu de informatie uit *Spycatcher* toch al openbaar was – de

69 EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 216 (Observer and Guardian/UK); EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 217 (Sunday Times/UK No. 2).

70 EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 216 (Observer and Guardian/UK), § 60; EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 217 (Sunday Times/UK No. 2), § 51.

71 De staat had nl. een rechterlijke procedure aangespannen om de publicatie van het boek *Spycatcher* of delen daarvan in het VK verboden te krijgen.

eventuele schade voor de veiligheidsdienst (en dus de nationale veiligheid) toch niet meer te voorkomen viel.⁷²

In 1992 kreeg het EHRM opnieuw te maken met een zaak over de strafrechtelijke vervolging van een persoon wegens het openbaar maken van geheime informatie, deze keer van militaire aard. Het betrof de zaak *Hadjianastassiou*, waarin een Griekse militair vervolgd was wegens het toezenden aan een private onderneming van informatie over het raketgeleidingssysteem waar hij in zijn functie mee te maken had.⁷³ De militair was vervolgens veroordeeld wegens het openbaar maken van militaire geheimen en klaagde in Straatsburg onder meer over een ongerechtvaardigde inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting. Het Hof oordeelde het optreden van de Griekse overheid zonder veel omhaal van woorden als in het belang van de nationale veiligheid: 'Clearly the contested sentence was intended to punish the disclosure of information on an arms project classified as secret, and therefore to protect "national security", a legitimate aim for the purposes of Article 10 para. 2)'. Met betrekking tot de vraag of de nationale veiligheid *in casu* nu daadwerkelijk bedreigd was (de door de militair aan het bedrijf verstrekte informatie was niet van zeer wezenlijke aard)⁷⁴ legde het Hof een vrij lichte toets aan:

'Like the Government, the Court takes the view that the disclosure of the State's interest in a given weapon and that of the corresponding technical knowledge, which may give some indication of the state of progress in its manufacture, are capable of causing considerable damage to national security.'⁷⁵

Bij de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van de inbreuk op de uitingsvrijheid liet het Hof de specifieke militaire achtergrond van de klager zwaar meewegen:

'It is also necessary to take into account the special conditions attaching to military life and the specific "duties" and "responsibilities" incumbent on the members of the armed forces (...). The applicant, as the officer at the K.E.T.A. [het onderzoekscentrum van de Griekse luchtmacht – JPL] in charge of an experimental missile programme, was bound by an obligation of discretion in relation to anything concerning the performance of his duties.'⁷⁶

72 EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 216 (Observer and Guardian/UK), § 66-71; EHRM 26 november 1991, *Series A* Vol. 217 (Sunday Times/UK No. 2), § 53-56.

73 EHRM 16 december 1992, *Series A* Vol. 252 (Hadjianastassiou/Greece).

74 Voor de nationale rechterlijke instanties was zelfs gediscussieerd of de door Hadjianastassiou verstrekte informatie niet ook vrij toegankelijk was via de wetenschappelijke literatuur.

75 *Idem*, § 45.

76 *Idem*, § 46. De verplichting tot geheimhouding vloeide voort uit het algemene verbod voor militairen om zonder toestemming informatie over het militair apparaat te openbaren, neergelegd in art. 96 e.v. van het Griekse wetboek van militair strafrecht (zie § 21 van het arrest).

In dit perspectief meende het Hof dat de veroordeling van Hadjianastassiou door een Grieks militair gerechtshof de ‘limits of the margin of appreciation which is to be left to the domestic authorities in matters of national security’ niet overschreed.⁷⁷ Evenmin was sprake van een disproportionele verhouding tussen het gehanteerde middel en het nagestreefde legitieme doel. Het Hof nam dan ook geen schending van artikel 10 EVRM aan.

5.6.2 Geheim onderzoek door veiligheidsdiensten

De eerste zaak waarin de Straatsburgse organen een oordeel moesten vellen over geheime bespieding van personen door veiligheidsdiensten was de zaak *Klass* uit 1978.⁷⁸ Deze zaak betrof de toepassing van de Duitse zogenaamde G10 wetgeving, die onder meer voorzag in de mogelijkheid van het inzien van poststukken en het afluisteren van telefoons in het belang van de bescherming van de ‘free democratic constitutional order’ tegen ‘imminent dangers’ en ter waarborging van het voortbestaan of de veiligheid van de federatie of een van de Duitse deelstaten.⁷⁹ Het EHRM accepteerde in deze zaak, in het kader van een toetsing aan artikel 8 EVRM (privacy), dat het doel van de betreffende wetgeving inderdaad de bescherming van de nationale veiligheid en/of de voorkoming van wanordelijkheden of misdrijven was, maar voegde daaraan toe dat daarbij dan nog wel onderzocht moest worden of de middelen die de Duitse autoriteiten hadden gehanteerd bij het nastreven van deze doelen binnen de grenzen bleven van hetgeen noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving.⁸⁰ Bij de bepaling van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de inbreuken op de privacy met het oog op het belang van de ‘national security’ en/of de ‘prevention of disorder or crime’ nam het Hof ‘judicial notice’ van twee factoren, namelijk ‘the technical advances made in the means of espionage and, correspondingly, of surveillance’ en de ‘development of terrorism in Europe’. Het Hof stelde dat staten ‘a certain discretion’ hebben bij de regulering van onderzoek naar personen door veiligheidsdiensten, maar dat die beoordelingsvrijheid niet onbeperkt is. Vanwege het gevaar dat wetgeving op dit vlak een situatie oplevert van ‘undermining or even

77 Hoewel dit niet duidelijk uit het arrest blijkt, zal hierbij mogelijk ook een rol hebben gespeeld dat Hadjianastassiou voor de door hem verstrekte informatie werd betaald door het bedrijf. Hij had derhalve een commercieel belang bij het verstrekken van de informatie over het wapensysteem. De vraag is hoe de afweging van het EHRM zou zijn uitgevallen, indien Hadjianastassiou de informatie zou hebben verstrekt om een publiek belang (bijv. ‘klokkenluiden’ over de ontwikkeling van een illegaal wapensysteem) te dienen. Zie hierover Nicol 1996, p. 42.

78 EHRM 6 september 1978, *Series A* Vol. 28 (Klass and others/FRG).

79 *Idem*, § 45. De persoon die in deze zaak afgeluisterd was, was de advocaat van enkele RAF-verdachten.

80 *Idem*, § 46.

destroying democracy on the ground of defending it' mag ook in het kader van de bestrijding van spionage en terrorisme niet willekeurig elk middel worden aangewend en moet voorzien worden in adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik. Of deze in voldoende mate aanwezig zijn moet beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval

'such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures and the kind of remedy provided by the national law'.⁸¹

Het Hof concludeerde uiteindelijk dat de veiligheidsonderzoeken op grond van de G10 wetgeving en het gebruik van de daarmee verkregen informatie aan voldoende strikte voorwaarden gebonden waren. Met betrekking tot de ter beschikking staande 'remedies', rechtsmiddelen of controlemogelijkheden, voorzag de wetgeving echter niet in de mogelijkheid van het vragen van een rechterlijk oordeel over de gerechtvaardigdheid en juistheid van een veiligheidsonderzoek. Wel was er controle door een parlementair college, bestaande uit vijf leden van de Bondsdag (zowel van regeringspartijen als van de oppositie), en door de G10-Commissie, een toezichthoudende commissie van onafhankelijke deskundigen benoemd door de Bondsdag. Hoewel het Hof benadrukte dat 'the rule of law' onder meer met zich brengt dat

'an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure',

en dat

'in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge',

meende het dat bij de controle door het parlementaire college en de G10-Commissie de onafhankelijkheid, effectiviteit en continuïteit van die controle voldoende gewaarborgd waren om te voldoen aan de eisen van artikel 8, tweede lid, EVRM.⁸²

⁸¹ *Idem*, § 48-50.

⁸² *Idem*, § 52-59. Met betrekking tot de vraag of het uitsluiten van rechterlijke controle ook na beëindiging van het onderzoek door de veiligheidsdiensten (als gevolg van het simpelweg niet op de hoogte brengen van de betrokkene(n) van het plaatsvinden van zo'n onderzoek) nog gerechtvaardigd was in het licht van art. 8 en 13 EVRM meende het Hof dat 'the fact of not informing the individual once surveillance has ceased cannot itself be

Ook in de zaak *Leander* ging het om onderzoeken die door, in dit geval de Zweedse, veiligheidsdiensten verricht waren. *In casu* met het oog op de benoeming van een persoon in een bepaalde 'gevoelige' overheidsfunctie, dat wil zeggen een functie met (nationale) veiligheidsrisico's (functies die in Nederland worden aangeduid als 'vertrouwensfuncties'). Het EHRM maakte in deze zaak duidelijk dat het feit dat de Zweedse wetgeving met betrekking tot veiligheidsonderzoeken van (beoogde) vertrouwensfunctionarissen gericht was op de bescherming van de staatsveiligheid een tweetal consequenties had: één met betrekking tot de wettelijke basis voor de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en één met betrekking tot de aan de staat toekomende *margin of appreciation*.

Het Hof gaf aan dat wetgeving inzake veiligheidsonderzoeken ter bescherming van de staatsveiligheid noodzakelijkerwijs wat ruimhartiger beoordeeld moet worden op compatibiliteit met het voorzienbaarheids criterium:

'[T]he requirement of foreseeability in the special context of secret controls of staff in sectors affecting national security cannot be the same as in many other fields. Thus, it cannot mean that an individual should be enabled to foresee precisely what checks will be made in this regard by the Swedish special police service in its efforts to protect national security. Nevertheless, in a system applicable to citizens generally, as under the Personnel Control Ordinance, the law has to be sufficiently clear in its terms to give them an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the public authorities are empowered to resort to this kind of secret and potentially dangerous interference with private life.'⁸³

De noodzaak van dergelijke wetgeving als zodanig werd door het Hof echter niet betwijfeld:

incompatible with' art. 8 lid 2 'since it is this very fact which ensures the efficacy of the "interference"'. Het nam in ogenschouw dat het Duitse *Bundesverfassungsgericht* had uitgesproken dat individuen die aan een onderzoek door de veiligheidsdiensten onderworpen waren geweest na afloop daarvan over dit feit geïnformeerd moesten worden 'as soon as notification can be made without jeopardising the purpose of the restriction'. Aangezien het Hof geen bewijs gevonden had dat dit in casu niet zou zijn gebeurd, achtte het het EVRM niet geschonden.

Precies dit punt van het uitsluiten van rechterlijke controle ook na afronding van een persoonsonderzoek door de veiligheidsdiensten (door het niet doen van een mededeling over het feit dat dit onderzoek heeft plaatsgehad) is het voornaamste discussiepunt geweest bij de totstandbrenging van de nieuwe Nederlandse Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten die in 2002 van kracht werd. De nieuwe wet voorziet niet in een verplichting tot het doen van een zodanige mededeling, ook niet als het betreffende onderzoek of de onderzoeksmethoden van de veiligheidsdiensten hierdoor niet in het gedrang zouden komen. Zie hierover het 'NJCM-commentaar op het wetsvoorstel op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten', *NJCM-Bulletin* 1999, p. 307-318.

83 EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (*Leander/Sweden*), § 51.

‘There can be no doubt as to the necessity, for the purpose of protecting national security, for the Contracting States to have laws granting the competent domestic authorities power, firstly, to collect and store in registers not accessible to the public information on persons and, secondly, to use this information when assessing the suitability of candidates for employment in posts of importance for national security’.⁸⁴

Hoewel het onderzoek in kwestie ertoe geleid had dat de heer Leander niet benoemd was in een bepaalde vertrouwensfunctie, meende het Hof dat hij los hiervan niet te maken had gehad met beperkingen op het leiden van ‘a private life of his own choosing’ en overwoog vervolgens:

‘In these circumstances, the Court accepts that the margin of appreciation available to the respondent State in assessing the pressing social need in the present case, and in particular in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security, was a *wide* one.’⁸⁵

In lijn met het *Klass*-arrest benadrukte het Hof het risico van onderzoeken door geheime diensten voor de democratie en de noodzaak van adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik van bevoegdheden. Het achtte echter de buiten het regeringsapparaat beschikbare controlemechanismen, te weten toezicht door de uit parlementariërs bestaande ‘National Police Board’ op het vrijgeven van informatie in het kader van veiligheidsonderzoeken en de mogelijkheid voor aan een veiligheidsonderzoek onderworpen personen om een klacht in te dienen bij de parlementaire ombudsman afdoende. Dit niet-tegenstaande het feit dat de ombudsman geen juridisch bindende beslissing op zo’n klacht kon nemen.⁸⁶ Het eindoordeel van het Hof met betrekking

84 *Idem*, § 59.

85 *Ibidem*, cursivering JPL.

86 *Idem*, § 60-65. Vgl. Principle 14 van de *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, opgesteld in oktober 1995 door een groep van experts in het internationale recht, nationale-veiligheidskwesties en mensenrechten bijengroepen door de NGO ‘Article 19, International Centre Against Censorship’ aan de Universiteit van Witwatersrand te Johannesburg, gepubliceerd in *Human Rights Quarterly* 1998, p. 1-11. Johannesburg Principle 14 stelt strengere eisen aan de waarborgen die in het nationale rechtssysteem aanwezig moeten zijn, nl. een vorm van ‘judicial review’ van beslissingen om inzage in gegevens te weigeren o.g.v. nationale-veiligheidsredenen. Principle 14 luidt: ‘The state is obliged to adopt appropriate measures to give effect to the right to obtain information. These measures shall require the authorities, if they deny a request for information, to specify their reasons for doing so in writing and as soon as reasonably possible; and shall provide for a right of review of the merits and validity of the denial by an independent authority, including some form of judicial review of the legality of the denial. The reviewing authority must have the right to examine the information withheld.’

tot artikel 8 EVRM was dan ook: geen schending.⁸⁷

In latere jurisprudentie lijkt het EHRM de voorzienbaarheidsmaatstaven met betrekking tot wetgeving inzake het aanleggen van persoonsdossiers door veiligheidsdiensten enigszins te hebben aangescherpt. In het arrest *Amann/Switzerland* uit 2000 stelde het Hof dat regelgeving op dit terrein 'must specify the conditions in which' dergelijke dossiers 'may be created, the procedures that have to be followed, the information which may be stored or comments which might be forbidden'.⁸⁸ In het arrest *Rotaru/Romania* uit datzelfde jaar werd deze lijn doorgetrokken. Het feit dat de toepasselijke Roemeense wetgeving niet voorzag in regels met betrekking tot de soort van informatie die door de veiligheidsdiensten verzameld en opgeslagen mocht worden, de categorieën van personen die bespied zouden mogen worden, de omstandigheden waaronder tot bespieding zou mogen worden overgegaan, de procedure die dan gevolgd zou moeten worden en de periode gedurende welke de verzamelde gegevens bewaard zouden mogen worden, werd door het Hof in strijd met het voorzienbaarheids criterium geoordeeld.⁸⁹ Dit arrest bevestigde tevens dat het Hof bereid is om een ruime definitie van 'private' persoonsgegevens en daarmee aan de bescherming van het privé-leven van artikel 8 EVRM een ruim toepassingsgebied toe te kennen. De Roemeense regering betoogde in deze zaak dat de informatie die over de verzoeker was opgeslagen slechts betrekking had op op diverse aspecten van zijn openbare leven: lidmaatschap van een politieke beweging, publicatie van politieke pamfletten, verbondenheid met een politieke partij en een strafregister. Niettemin aarzelde het Hof niet om te stellen dat deze informatie onder het toepassingsgebied van

87 *Idem*, § 68. Ook in het licht van art. 13 EVRM beoordeelde het Hof, zij het met een minimale meerderheid van drie tegen vier stemmen, de beschikbare 'remedies' voldoende 'adequate and effective'. Zie § 74-87 van het arrest en meer uitvoerig over dit onderwerp Barkhuysen 1998, n.m. p. 113-152 en Cameron 2000, p. 126-257.

88 EHRM 16 februari 2000, *RJ&D* 2000-II (*Amann/Switzerland*), § 76.

89 EHRM 4 mei 2000, *RJ&D* 2000-V (*Rotaru/Romania*), § 56-57. In hoofdzaak betreft dit arrest de manier waarop Roemenië omging met de erfenis van de veiligheidsdienst van het autoritaire regime uit het verleden. De beklagde had van een Roemeense rechtbank gelijk gekregen in een proces waarin hij een veroordeling tot gevangenisstraf, opgelopen in 1948 wegens politieke meningsuiting, in rekening wou brengen bij het berekenen van zijn pensioenrechten. Tijdens het proces kwam echter op toevallige wijze aan het licht dat de Roemeense veiligheidsdienst (van na de omwenteling) wel erg onzorgvuldig omsprong met de informatie in haar archieven (grotendeels geërfd van de beruchte *Sekuritate* uit het Communistische tijdperk. De nieuwe Roemeense wetgeving bleek de bevoegdheid van de geheime dienst om informatie te vergaren en te gebruiken niet precies te reguleren, en voorzag evenmin een controlesysteem dat waarborgen biedt tegen misbruik. Zo kon het gebeuren dat een brief werd opgesteld waarin foutieve informatie over de verzoeker was opgenomen, ogenschijnlijk wegens een persoonsverwisseling. Een eenvoudige controle had dit kunnen voorkomen, aangezien de informatie ging over een universiteitsstudent en de verzoeker in die periode nog scholier was. En zo kon het ook gebeuren dat een vonnis dat de fout vaststelde niet automatisch leidde tot het verwijderen van de brief uit de archieven en het voorkomen van verder gebruik ervan.

het privé-leven valt, met name wanneer de overheid zulke gegevens systematisch bewaart en opslaat.⁹⁰

Het Hof benadrukt in de recente jurisprudentie echter evenzeer dat aan de verdragsstaten met betrekking tot onderzoek door veiligheidsdiensten, mits voldaan is aan bovengenoemde eisen ten aanzien van de wetgeving terzake, een *margin of appreciation* toekomt die met zich brengt dat ook in bijzonder 'gevoelige' situaties inbreuken op de privacy of het communicatiegeheim toelaatbaar zijn. Dit komt onder meer duidelijk naar voren in een ontvankelijkheidsbeslissing uit 2001 over een zaak waarin de correspondentie tussen een advocaat en zijn van PKK-terrorisme verdachte cliënt was onderschept. Het Hof maakt daarin duidelijk dat onder bepaalde omstandigheden in het kader van de strijd tegen terrorisme en de bescherming van de staatsveiligheid maatregelen getroffen kunnen worden die afwijken van de normale regels over de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een verdachte en zijn advocaat, mits in de wet voldoende waarborgen tegen misbruik zijn neergelegd:

'65. Il n'en demeure pas moins que la confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur constitue un droit fondamental pour un individu et touche directement les droits de la défense. C'est pourquoi, comme la Cour l'a énoncé plus haut, une dérogation à ce principe ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels et doit s'entourer de garanties adéquates et suffisantes contre les abus (...).

66. Or le procès contre des cadres du PKK se situe dans le contexte exceptionnel de la lutte contre le terrorisme sous toutes ses formes. Par ailleurs, il paraissait légitime pour les autorités allemandes de veiller à ce que le procès se déroule dans les meilleures conditions de sécurité, compte tenu de l'importante communauté turque, dont beaucoup de membres sont d'origine kurde, résidant en Allemagne.

67. La Cour relève ensuite que la disposition en question est rédigée de manière très précise, puisqu'elle spécifie la catégorie de personnes dont la correspondance doit être soumise à contrôle, à savoir les détenus soupçonnés d'appartenir à une organisation terroriste au sens de l'article 129a du code pénal. De plus, cette mesure, à caractère exceptionnel puisqu'elle déroge à la règle générale de la confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur, est assortie d'un certain nombre de garanties: contrairement à d'autres affaires devant la Cour, où l'ouverture du courrier était effectuée par les autorités pénitentiaires (voir notamment les arrêts Campbell, et Fell et Campbell précités), en l'espèce, le pouvoir de contrôle est exercé par un magistrat indépendant, qui ne doit avoir aucun lien avec l'instruction, et qui doit garder le secret sur les informations dont il prend ainsi connaissance. Enfin, il ne s'agit que d'un contrôle restreint, puisque le détenu peut librement s'entretenir oralement avec son défenseur; certes, ce dernier ne peut lui

90 Het EHRM geeft in § 43 van het arrest zelf aan dat het deze ruime interpretatie in overeenstemming acht met het verdrag van de Raad van Europa uit 1981 over de bescherming van individuen met betrekking tot de automatische verwerking van persoonsgegevens.

remettre des pièces écrites ou d'autres objets, mais il peut porter à la connaissance du détenu les informations contenues dans les documents écrits.

68. Par ailleurs, la Cour rappelle qu'une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels est inhérente au système de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Klass* précité, p. 28, par. 59).

69. Eu égard à la menace présentée par le terrorisme sous toutes ses formes (voir la décision de la Commission dans l'affaire *Bader, Meins, Meinhof et Grundmann* c. Allemagne du 30 mai 1975, n° 6166/75), des garanties dont est entouré le contrôle de la correspondance en l'espèce et de la marge d'appréciation dont dispose l'Etat, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse n'était pas disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis.⁹¹

Deze uitspraak is bijzonder, omdat het Hof in beginsel aan de verdragsstaten slechts een zeer smalle beoordelingsmarge toekent als het gaat om controle van de correspondentie van een verdachte. Dat heeft het Hof herhaaldelijk in de jurisprudentie aangegeven,⁹² zij het dat daarbij wel ruimte werd gelaten voor uitzonderingssituaties.⁹³ In deze zaak diende zich zo'n uitzonderingssituatie aan, namelijk de reële dreiging van PKK-terrorisme in Duitsland. Dit rechtvaardigt in de ogen van het Hof een ruimere beoordelingsmarge voor de Duitse autoriteiten en mitsdien een terughoudender toetsing van de inbreuk op de privacy.⁹⁴

5.6.3 Discipline en orde binnen het militair apparaat en ambtenarenapparaat

5.6.3.1 *Kwesties met betrekking tot militairen*

Handhaving van de discipline en orde binnen het militair apparaat en de politie en het in dit kader opleggen van beperkingen aan de uitingsvrijheid

⁹¹ EHRM 5 juli 2001, *RJ&D* 2001-VII (*Erdem/Germany*), § 65-69.

⁹² Zie o.m. EHRM 18 november 1978, *Series A* vol. 28 (*Klass/FRG*), §. 48; EHRM 25 maart 1992, *Series A* vol. 233 (*Campbell/UK*), § 47-48; EHRM 24 juli 2001, *RJ&D* 2001-VIII (*Valasinas/Lithuania*), § 126-130. Deze laatste zaak betrof het openen door de gevangenisautoriteiten van de correspondentie van een gedetineerde met het EHRM.

⁹³ In het arrest *Campbell/UK* (zie de voorgaande voetnoot) sprak het Hof al hypothetisch over eventueel misbruik van de bescherming van vertrouwelijkheid tussen advocaat en verdachte, en over acute dreiging van gevaar voor de veiligheid in de gevangenisinrichting die zouden kunnen nopen tot toezicht op de correspondentie. In *Campbell/UK* was van dergelijke omstandigheden echter geen sprake.

⁹⁴ Hier speelde allicht mee, dat in Duitsland waarborgen in het strafrecht zijn ingebouwd, die het toezicht op de correspondentie in goede banen moesten leiden. In het Duitse strafrecht zijn die zeer strikt geredigeerd: niet het gevangenispersoneel, maar een onafhankelijk lid van de rechterlijke macht – niet gelieerd aan het gerechtelijk onderzoek – opent de brieven. Over de inhoud daarvan moet hij zwijgen. Daarnaast kan mondelinge communicatie tussen verdachte en zijn advocaat niet aan enig toezicht onderworpen worden.

en verenigingsvrijheid van militairen en ambtenaren is in Straatsburg diverse malen beoordeeld, zowel in het licht van de beperkingsgrond nationale veiligheid als in het licht van de openbare orde.

Dit laatste was het geval in de zaak *Engel*, waarin aan enkele dienstplichtigen (leden van de jonge soldatenvakbond Vereniging Voor Dienstplichtig Militairen – VVDM) een krijgstuhtelijke sanctie was opgelegd vanwege onder meer ongeoorloofde afwezigheid en het publiceren van een geschrift dat strijdig werd geacht met de krijgstuht (het VVDM-afdelingsblad ‘Alarm’, waarvan één van de gestrafte dienstplichtigen redacteur was en waarin de gang van zaken op de Nederlandse kazernes heftig was bekritiseerd).⁹⁵ De opgelegde sancties varieerden van licht en streng arrest voor enkele dagen tot plaatsing in een zogenaamde tuchtklasse (‘tuchtklasse Nieuwersluis’) voor enkele maanden.⁹⁶ De dienstplichtigen klaagden in Straatsburg over schending van artikel 5, 6, 10 en 11 EVRM. Voor deze studie zijn echter alleen de overwegingen die het EHRM wijdde aan artikel 10 van belang.

Het Hof concludeerde dat de opgelegde tuchtstraffen in verband met de publicatie en verspreiding van het VVDM-blad ‘unquestionably’ een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting vormden en dat dus bezien moest worden of deze inbreuk noodzakelijk was in een democratische samenleving met het oog op een van de in het tweede lid van artikel 10 genoemde belangen. De Nederlandse regering had daarbij aangevoerd dat de inbreuk noodzakelijk was ‘for the prevention of disorder’. Over de betekenis van deze frase verklaarde het Hof, in navolging van de Commissie:⁹⁷

‘[T]he concept of “order” as envisaged by this provision, refers not only to public order or “ordre public” within the meaning of Articles 6 para. 1 and 9 para. 2 (art. 6-1, art. 9-2) of the Convention and Article 2 para. 3 of Protocol no. 4 (P4-2-3): it also covers the order that must prevail within the confines of a specific social group. This is so, for example, when, as in the case of the armed forces, disorder in that group can have repercussions on order in society as a whole. It follows that the disputed penalties met this condition if and to the extent that their purpose was the prevention of disorder within the Netherlands armed forces.’⁹⁸

Vervolgens benadrukte het Hof dat de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 ‘of course’ net zo goed geldt voor dienstplichtigen als voor andere personen, maar dat ‘the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent servicemen from undermining military discipline, for example by writings’.⁹⁹ Nationale wetgeving van deze strekking is op zichzelf niet strijdig met artikel 10, tweede lid, EVRM; al moet het Hof

⁹⁵ EHRM 8 juni 1976, *Series A* Vol. 22 (Engel and Others/The Netherlands).

⁹⁶ Deze laatste strenge sanctie vanwege de publicatie van het VVDM-blad.

⁹⁷ ECieRM 19 juli 1974, *Series B* Vol. 20 (Engel and Others/The Netherlands), p. 210

⁹⁸ EHRM 8 juni 1976, *Series A* Vol. 22 (Engel and Others/The Netherlands), § 98.

⁹⁹ *Idem*, § 100

wel de toepassing daarvan nader beoordelen. Bij die nadere beoordeling hield het Hof echter nadrukkelijk rekening met de 'particular characteristics of military life (...), the specific "duties" and "responsibilities" incumbent on members of the armed forces, or the margin of appreciation that Article 10 para. 2 (...) leaves to the Contracting States'.¹⁰⁰ Het concludeerde uiteindelijk dat in het licht van de specifieke omstandigheden op de kazerne van de dienstplichtigen de inbreuk op hun uitingsvrijheid gerechtvaardigd was:

'The Court notes that the applicants contributed, at a time when the atmosphere in the barracks at Ermelo was somewhat strained, to the publication and distribution of a writing (...). In these circumstances the Supreme Military Court may have had well-founded reasons for considering that they had attempted to undermine military discipline and that it was necessary for the prevention of disorder to impose the penalty inflicted. There was thus no question of depriving them of their freedom of expression but only of punishing the abusive exercise of that freedom on their part. Consequently, it does not appear that its decision infringed Article 10 para. 2.'¹⁰¹

Waar in de zaak *Engel* een inbreuk op de uitingsvrijheid ter handhaving van de orde en discipline onder militairen nog alleen onder de beperkingsgrond 'prevention of disorder' beoordeeld werd, beschouwde de ECieRM in de zaak *Le Cour Grand-Maison and Fritz* tegen Frankrijk, die betrekking had op een vergelijkbare kwestie, de inbreuk op de uitingsvrijheid noodzakelijk met het oog op de 'prevention of disorder' én de bescherming van de 'national security'.¹⁰² De klagers in deze zaak vervulden hun dienstplicht bij een Frans regiment dat gestationeerd was in de Bondsrepubliek Duitsland. Zij werden schuldig bevonden en veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van twaalf maanden voor het publiceren en verspreiden van bulletins waarin andere soldaten werden opgeroepen tot het negeren van orders en ander tegen de militaire discipline indruisend gedrag. De Commissie verwees naar het *Engel*-arrest en benadrukte opnieuw het belang van militaire tucht voor 'the proper functioning of an army'. Zij meende dat de veroordeling van de dienstplichtigen had plaatsgevonden vanwege de publicatie van 'writings likely to cause disorder' binnen hun regiment, zodat 'the court martial had good reason to suppose that the applicants had attempted to undermine military discipline and that it was necessary for the prevention of disorder, and for the protection of national security' om de betreffende straffen op te leggen, 'particularly since the offences had been committed by soldiers serving in a unit (...) abroad'.¹⁰³

100 *Ibidem*.

101 *Ibidem*.

102 ECieRM 6 juli 1987 (ontv.besl.), appl.nos. 11567/85 en 11568/85 (O. Le Court Grand-Maison and L. Fritz/France) D&R Vol. 53, p. 161 e.v.

103 *Ibidem*.

Evenals het Hof in het *Engel*-arrest, concludeerde de Commissie in deze zaak dat artikel 10 EVRM niet geschonden was.¹⁰⁴

Svensson-McCarthy merkt op dat de Commissie in deze zaak de nationale veiligheid vooral in het geding lijkt te achten vanwege het feit dat de militairen op grond van een overeenkomst tussen Frankrijk en de Bondsrepubliek Duitsland op Duits grondgebied gestationeerd waren.¹⁰⁵ Dit zou dan een element zijn dat meeweegt bij de vraag of de nationale veiligheid in het geding is bij kwesties rondom het gedrag van militairen.

In het licht van de benadering van 'prevention of disorder' in het *Engel*-arrest is het enigszins opvallend dat het EHRM in het *Grigoriades*-arrest uit 1997 een inbreuk op de uitingsvrijheid van een dienstplichtig militair helemaal niet in het licht van die beperkingsgrond beoordeelde. In deze zaak accepteerde het Hof dat de inbreuk op de uitingsvrijheid in het belang was van zowel de 'public safety' als de 'national security'.¹⁰⁶ De zaak betrof een dienstplichtige die een brief aan zijn commandant had overhandigd waarin hij het militair apparaat onder meer als 'terroristisch' had bestempeld en vervolgens op grond van het Griekse militaire strafrecht veroordeeld was wegens belediging van de strijdkrachten. Het Hof achtte in deze zaak de inbreuk op de uitingsvrijheid echter disproportioneel omdat door deze brief de militaire tucht niet echt in gevaar werd gebracht:

'It is true that the contents of the letter included certain strong and intemperate remarks concerning the armed forces in Greece. However, the Court notes that those remarks were made in the context of a general and lengthy discourse critical of army life and the army as an institution. The letter was not published by the applicant or disseminated by him to a wider audience – apart from one other officer

104 Overigens lijkt het EHRM de ruimte voor kritische uitingen van militairen en dienstplichtigen enigszins vergroot te hebben, althans een strengere toets te hanteren m.b.t. de vraag of een kritische uiting daadwerkelijk geacht kan worden een bedreiging voor de orde en discipline binnen het militair apparaat te vormen. Zie EHRM 19 december 1994, *Series A* Vol. 302 (VDSÖ and Gubi/Austria), § 36-40. In deze zaak ging het om de weigering van de Oostenrijkse Minister van Defensie om toestemming te verlenen voor de verspreiding op de Oostenrijkse kazernes van het kritisch-satirische tijdschrift 'Der Igel' van een vereniging van dienstplichtigen en de bestraffing van een dienstplichtige wegens het zonder toestemming verspreiden van een (kritische) petitie op zijn kazerne. Het Hof stelde (§ 38): None of the issues of der Igel submitted in evidence recommend disobedience or violence, or even question the usefulness of the army. Admittedly, most of the issues set out complaints, put forward proposals for reforms or encourage the readers to institute legal complaints or appeals proceedings. However, despite their often polemical tenor, it does not appear that they overstepped the bounds of what is permissible in the context of a mere discussion of ideas, which must be tolerated in the army of a democratic State just as it must be in the society that such an army serves.' Ook in de petitie werden militairen op generlei wijze aangezet tot ongehoorzaamheid of het negeren van dienstbevelen, zodat het Hof tot een schending van artikel 10 EVRM concludeerde. Zie hierover ook Nicol 1996, p. 39.

105 Svensson-McCarthy 1998, p. 179.

106 EHRM 25 november 1997, *RJ&D* 1997-VII (*Grigoriades/Greece*), § 41.

who apparently had been given a copy of it – and it has not been alleged that any other person had knowledge of it. Nor did it contain any insults directed against either the recipient of the letter or any other person. Against such a background the Court considers the objective impact on military discipline to have been insignificant. (...)

The Court accordingly considers that the prosecution and conviction of the applicant cannot be justified as “necessary in a democratic society” within the meaning of paragraph 2 of Article 10 (...). There has thus been a violation of that Article.¹⁰⁷

Een zeer ruim geformuleerde inbreuk op de uitingsvrijheid en verenigingsvrijheid van militairen en politieambtenaren met het oog op (onder meer) de bescherming van de nationale veiligheid kwam aan de orde in een EHRM-arrest uit 1999, namelijk in de zaak *Rekvényi*. Deze zaak draaide om het in de Hongaarse grondwet opgenomen verbod voor militairen, politie-ambtenaren en leden van de civiele staatsveiligheidsdiensten om lid te worden van een politieke partij of anderszins ‘politieke’ activiteiten te ontwikkelen.¹⁰⁸ Het Hof nam bij zijn beoordeling van deze inbreuk expliciet de specifieke omstandigheden in Hongarije ten tijde van het uitvaardigen van het verbod in acht: Hongarije was bezig met de overschakeling van een totalitair regime naar een pluralistische democratie en kende een verleden waarin politie en leger sterk verbonden waren geweest met de tot 1989 regerende communistische partij. Onder die omstandigheden achtte het Hof het uitgevaardigde verbod in het belang van onder meer de nationale veiligheid:

‘In the present case the obligation imposed on certain categories of public officials including police officers to refrain from political activities is intended to depoliticise the services concerned and thereby to contribute to the consolidation and maintenance of pluralistic democracy in the country. The Court notes that Hungary is not alone, in that a number of Contracting States restrict certain political activities on the part of their police. Police officers are invested with coercive powers to regulate the conduct of citizens, in some countries being authorised to carry arms in the discharge of their duties. Ultimately the police force is at the service of the State. Members of the public are therefore entitled to expect that in their dealings with the police they are confronted with politically neutral officers who are detached from the political fray, to paraphrase the language of the recent judgment in the case of *Ahmed and Others v. the United Kingdom* (judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, pp. 2376-77, § 53, which judgment concerned the compatibility with Article 10 of restrictions on the involvement of senior local government officers in certain types of political activity). In the Court’s view, the desire to ensure that the crucial role of the police in society is not compromised through the corrosion of the political neutrality of its officers is one that is compatible with democratic principles.

¹⁰⁷ *Idem*, § 47-48.

¹⁰⁸ EHRM 20 mei 1999, *RJ&D* 1999-III (Rekvényi/Hungary).

This objective takes on a special historical significance in Hungary because of that country's experience of a totalitarian regime which relied to a great extent on its police's direct commitment to the ruling party (...).

Accordingly, the Court concludes that the restriction in question pursued legitimate aims within the meaning of paragraph 2 of Article 10, namely the protection of national security and public safety and the prevention of disorder.¹⁰⁹

Tegen deze bijzondere achtergrond meende het Hof dat de inbreuk op de uitingsvrijheid en de verenigingsvrijheid noodzakelijk geacht kon worden en omdat het algemene grondwettelijke verbod door uitvoeringsregelgeving dusdanig werd gemitigeerd dat niet voor alle militairen en politie-ambtenaren elke mogelijkheid om zich in politieke zin uit te spreken of bepaalde politieke partijen te ondersteunen verboden was, achtte het Hof de inbreuk ook niet disproportioneel.¹¹⁰

Ook uitingen van buitenstaanders kunnen het goede functioneren van het militair apparaat en daarmee de nationale veiligheid in gevaar brengen, althans in de visie van de ECieRM. De Commissie werd in enkele Britse zaken met deze kwestie geconfronteerd. In de zaak *Arrowsmith* betrof het een vrouw die in het Verenigd Koninkrijk veroordeeld was op grond van de *Incitement to Disaffection Act* 1934, omdat zij pamfletten had uitgedeeld aan Britse militairen waarin zij hen opriep om te weigeren dienst te doen in Noord-Ierland. Een aanvankelijke veroordeling tot achttien maanden gevangenisstraf werd in hoger beroep teruggebracht, zodat zij na een kleine negen maanden uitgezet te hebben werd vrijgelaten. In Straatsburg klaagde zij dat haar veroordeling een ongerechtvaardigde inbreuk had betekend op haar vrijheid om een pacifistische levensovertuiging aan te hangen (artikel 9 EVRM) en haar uitingsvrijheid (artikel 10 EVRM). De Commissie oordeelde dat het bij de pamfletten van mevrouw

¹⁰⁹ *Idem*, § 41.

¹¹⁰ *Idem*, § 47-50 en 59-62. Beperkingen op de verenigingsvrijheid van ambtenaren in het belang van de nationale veiligheid werden door de ECieRM al eerder geaccepteerd in de zaak *Council of Civil Service Unions and Others/UK* uit 1987. Hier ging het om civiele ambtenaren werkzaam bij een overheidsdienst (het Government Communications Headquarters – GCHQ) die tot taak had 'ensuring the security of the United Kingdom's military and official communications and to provide signals intelligence for the Government'. De betreffende ambtenaren kregen een verbod opgelegd om lid te worden van een vakbond; indien zij lid van een vakbond waren en dit lidmaatschap niet wensten op te geven, zouden zij worden overgeplaatst naar een andere overheidsdienst. Dit alles om te voorkomen dat het GCHQ 'platgelegd' zou worden door stakingsacties. De Commissie meende dat het GCHC een dermate vitale rol vervulde bij de bescherming van de nationale veiligheid van het VK dat het verbod noodzakelijk geacht kon worden, zeker gezien de 'wide margin of appreciation' die staten toekomt 'when ensuring the protection of their national security'. ECieRM 20 januari 1987 (ontv.besl.), appl.no. 11603/85 (*Council of Civil Service Unions and Others/UK*), D&R Vol. 50, p. 239-242. Zie voor kritiek op de zeer marginale toetsing van zowel de Engelse rechterlijke instanties als de ECieRM in deze zaak: Nicol 1996, p. 37. Hij karakteriseert de houding van de toetsende instanties als een 'unwillingness to engage in the type of analysis which is typical of judicial review'.

Arrowsmith niet ging om een uiting van een 'belief' in de zin van artikel 9, zodat dit artikel verder buiten beschouwing bleef, maar dat haar veroordeling wel een inbreuk op de uitingsvrijheid opleverde. Deze diende derhalve in overeenstemming te zijn met de eisen van artikel 10, tweede lid, EVRM.¹¹¹ De regering van het Verenigd Koninkrijk voerde aan dat de inbreuk in dit geval gerechtvaardigd was met het oog op 'the protection of national security, the prevention of disorder and the protection of the rights of others'. Onder verwijzing naar de EHRM-interpretatie van de frase 'prevention of disorder' in het *Engel*-arrest gaf de Commissie aan dat 'desertion of soldiers can, even in peace-time, create a threat to "national security" in that it tends to weaken the army's role as an instrument destined in a democratic society to protect it from internal or external threats'.¹¹² Zij accepteerde dan ook dat de Britse wet uit 1934 in het algemeen met artikel 10, tweede lid, verenigbare doelen diende aangezien 'the maintenance of "order" within the armed forces requires strict measures to prevent desertion'.¹¹³ Hoewel de Commissie voorop stelde dat de uitingsvrijheid een zeer essentieel recht is in een democratische samenleving meende zij dat de klaagster 'by distributing the leaflets (...) went further than simply to express a political opinion' zodat zij inderdaad veroordeeld kon worden, omdat zij 'encouraged individual soldiers to disaffection indicating specific means of assistance' en had laten blijken dat zij daarmee niet zou stoppen 'unless strict measures were taken'. Volgens de Commissie diende Arrowsmith's veroordeling 'the protection of national security and the prevention of disorder within the army' en was de haar opgelegde straf ook niet dusdanig disproportioneel dat deze niet gerechtvaardigd zou zijn onder het tweede lid van artikel 10 EVRM.¹¹⁴

Enkele jaren eerder was de ECieRM in een vergelijkbare zaak al tot hetzelfde oordeel gekomen. Het grote verschil tussen die zaak en de *Arrowsmith*-zaak was echter het in de eerdere zaak ging om een veel agressiever toonzetting van de aan de Britse militairen uitgedeelde pamfletten. Zij werden daarin namelijk opgeroepen om bevelen te negeren, hun officieren neer te schieten, te deserteren en over te lopen naar de IRA. Overigens vond de Commissie in die eerdere zaak de inbreuk op de uitingsvrijheid geen zaak van 'national security', maar van 'public safety', 'prevention of disorder or crime' en (vooral vanwege het aanzetten tot geweld jegens mede-militairen) van 'protection of the rights of other members of the armed forces'.¹¹⁵ De *dissenting opinions* van Opsahl en Klecker in de *Arrowsmith*-zaak maken duidelijk dat juist het feit dat mevrouw Arrowsmith níet opriep tot geweld voor enkele Commissie-

111 ECieRM 12 oktober 1978 (rapport), appl.no. 7050/75 (*Arrowsmith/UK*), *D&R* Vol. 19, p. 19-20.

112 *Idem*, p. 22-23, § 84-85.

113 *Idem*, p. 22-23, § 85-86.

114 *Idem*, p. 23-25, § 90-95.

115 ECieRM 1 oktober 1975 (ontv.besl.), appl.no. 6084/73 (*X./UK*), *D&R* Vol. 3, p. 62-76.

leden reden was om zich niet zonder meer achter het oordeel van de meerderheid te scharen.¹¹⁶

Het thema handhaving van de 'orde' binnen en goed functioneren van het militair apparaat is voor de Straatsburgse organen ook aan de orde gesteld in verband met inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en de vestigings- en verplaatsingsvrijheid. In 1999 wees het EHRM een tweetal arresten met betrekking tot het ontslag uit de Britse marine van enkele personen vanwege het feit dat zij homoseksuelen waren.¹¹⁷ Voorafgaand aan dit ontslag had een indringend onderzoek naar hun seksuele geaardheid plaatsgevonden. Het Hof achtte zowel het onderzoek als het ontslag een inbreuk op het recht op een ongestoord privé-leven, zoals gegarandeerd door artikel 8 EVRM. Het Britse beleid om homoseksuelen uit de marine te weren en onderzoek te doen naar mogelijke homoseksuele geaardheid van marinepersoneel diende volgens het Hof in beginsel echter wel een legitiem doel, namelijk de bescherming van de nationale veiligheid en de voorkoming van wanordelijkheden:

'The Court observes that the essential justification offered by the Government for the policy and for the consequent investigations and discharges is the maintenance of the morale of service personnel and, consequently, of the fighting power and the operational effectiveness of the armed forces (...). The Court finds no reason to doubt that the policy was designed with a view to ensuring the operational effectiveness of the armed forces or that investigations were, in principle, intended to establish whether the person concerned was a homosexual to whom the policy was applicable. To this extent, therefore, the Court considers that the resulting interferences can be said to have pursued the legitimate aims of "the interests of national security" and "the prevention of disorder".'¹¹⁸

Het Hof stelde daar wel direct tegenover dat het hier ging om een overheids-inmenging in 'a most intimate part of an individual's private life', zodat er sprake moest zijn van 'particularly serious reasons' wilde het overheidsoptreden in overeenstemming zijn met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereisten van artikel 8, tweede lid.¹¹⁹ Het risico dat homoseksuelen in de marine opleveren voor het goede functioneren van dit krijgsmachtonderdeel diende derhalve nadrukkelijk bewezen of van goede gronden voorzien te worden:

'When the core of the national security aim pursued is the operational effectiveness of the armed forces, it is accepted that each State is competent to organise its own

116 Dit onderscheid komt in de meer recente jurisprudentie van het EHRM m.b.t. de uitingsvrijheid nog nadrukkelijker naar voren, zie *infra* § 5.6.5.

117 EHRM 27 september 1999, *RJ&D* 1999-VI (Smith and Grady/UK); EHRM 27 september 1999, *RJ&D* 1999-VI (Lustig-Prean and Beckett/UK).

118 EHRM 27 september 1999, *RJ&D* 1999-VI (Smith and Grady/UK), § 74.

119 *Idem*, § 89.

system of military discipline and enjoys a certain margin of appreciation in this respect (see the *Engel and Others* judgment (...)). The Court also considers that it is open to the State to impose restrictions on an individual's right to respect for his private life where there is a real threat to the armed forces' operational effectiveness, as the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent service personnel from undermining it. However, the national authorities cannot rely on such rules to frustrate the exercise by individual members of the armed forces of their right to respect for their private lives, which right applies to service personnel as it does to others within the jurisdiction of the State. Moreover, assertions as to a risk to operational effectiveness must be "substantiated by specific examples" (...).¹²⁰

Hoewel aan het Britse beleid tot het weren van homoseksuelen uit de marine onder meer een onderzoek ten grondslag lag waaruit naar voren gekomen was dat het functioneren van homoseksuelen in de marine bepaalde negatieve consequenties zou hebben voor de moraal en de onderlinge communicatie van het marinepersoneel, meende Het Hof dat deze door de Britse regering aangevoerde redenen onvoldoende gewicht in de schaal legden om het ontslag van de homoseksuelen te rechtvaardigen.¹²¹

Met betrekking tot de vestiging- en verplaatsingsvrijheid van artikel 2 Vierde Protocol EVRM hebben zich in de Straatsburgse jurisprudentie ook casus voorgedaan die te maken hadden met regulering van het militair apparaat. Genoemd kan worden de ontvankelijkheidsbeslissing van de ECieRM in de zaak *Peltonen/Finland*.¹²² Deze zaak betrof de weigering van de Finse autoriteiten om de klager, een Finse staatsburger die zich in Zweden gevestigd had en zich op die manier had onttrokken aan de Finse militaire dienstplicht, te voorzien van een paspoort dat hem in staat zou stellen te reizen naar gebieden buiten de Scandinavische landen. De Commissie accepteerde dat deze weigering, gebaseerd op de Finse Paspoortwet, beschouwd kon worden als een maatregel ter bescherming van de 'ordre public' (zoals genoemd in artikel 2, derde lid, Vierde Protocol) én ter verzekering van de nationale veiligheid (ook genoemd in dit artikellid). Zij achtte deze maatregel gerechtvaardigd, mede in het licht van het feit dat aan de verdragsstaten een 'wide margin of appreciation' moet worden toegekend 'in the organisation of their national defence'. De klacht werd daarom niet ontvankelijk verklaard.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Idem*, § 95-105. Daarmee legde het Hof een strengere toets aan dan de ECieRM in 1983. In ECieRM 12 oktober 1983 (ontv.besl.), appl.no. 9237/81 (B./UK), *D&R* Vol. 34, p. 68-77, oordeelde deze over het ontslag vanwege homoseksuele contacten van een in Duitsland gestationeerde Britse militair dat 'homosexual conduct by members of the armed forces may pose a particular risk to order within the forces which would not arise in civilian life' om vervolgens de inbreuk op de privacy van de militair kortweg noodzakelijk 'for the prevention of disorder' te achten.

¹²² ECieRM 20 februari 1995, appl.no. 19583/92 (*Peltonen/Finland*).

5.6.3.2 Kwesties met betrekking tot andere ambtenaren

Het belang van de nationale veiligheid speelt niet alleen een rol bij de handhaving van de 'orde' in het militaire apparaat of bij overheidsdiensten die nadrukkelijk betrokken zijn bij de handhaving van de veiligheid, maar wordt ook ingeroepen ter rechtvaardiging van zogenaamde 'loyaliteitstesten' voor andere soorten van ambtenaren. Een voorbeeld hiervan is het arrest *Vogt* uit 1995.¹²³ Deze zaak betrof het ontslag van de Duitse mevrouw Vogt als lerares op een middelbare school vanwege haar lidmaatschap van en activiteiten voor de Duitse Communistische Partij (DKP). Dit lidmaatschap en deze activiteiten waren volgens de Duitse autoriteiten in strijd met de op grond van het Duitse ambtenarenrecht op mevrouw Vogt rustende verplichting om de 'freie demokratische Grundordnung' van de Duitse Bondsrepubliek te onderschrijven (*de politische Treuepflicht*), aangezien de DKP met deze 'Grundordnung' strijdige opvattingen etaleerde. Vogt klaagde in Straatsburg over een inbreuk op haar uitingsvrijheid. De Duitse regering betoogde voor het EHRM dat de 'civil servants' duty of political loyalty was aimed at protecting national security, preventing disorder and protecting the rights of others'.¹²⁴ Het Hof accepteerde dit, mede gezien de bijzondere Duitse geschiedenis op dit punt:

'In this case the obligation imposed on German civil servants to bear witness to and actively uphold at all times the free democratic constitutional system within the meaning of the Basic Law (...) is founded on the notion that the civil service is the guarantor of the Constitution and democracy. This notion has a special importance in Germany because of that country's experience under the Weimar Republic, which, when the Federal Republic was founded after the nightmare of nazism, led to its constitution being based on the principle of a "democracy capable of defending itself" (*wehrhafte Demokratie*). Against this background the Court cannot but conclude that the applicant's dismissal pursued a legitimate aim within the meaning of paragraph 2 of Article 10.'¹²⁵

Uit dit arrest kan derhalve worden afgeleid dat ook de bescherming van het overheidsapparaat in zijn volledige breedte tegen 'infiltratie' door personen met 'extreme' opvattingen gezien moet worden als een vorm van verdediging van de constitutionele instituties van de staat en daarmee als een onderdeel van de bescherming van de nationale veiligheid.¹²⁶

In het verlengde van het *Vogt*-arrest ligt de zaak *Grande Oriente D'Italia di Palazzo Giustiniani/Italy*, zij het dat het Hof in deze zaak tot een ander

123 EHRM 26 september 1995, *Series A* Vol. 323 (*Vogt/Germany*).

124 *Idem*, § 49.

125 *Idem*, § 51.

126 Cameron 2000, p. 55.

eindoordeel komt.¹²⁷ *Grande Oriente* is een Italiaanse vrijmetselaarsloge die opkomt tegen in Italië ingevoerde wetgeving die als consequentie heeft dat personen die in aanmerking willen komen voor benoeming in bepaalde overheidsfuncties een verklaring moeten afleggen dat zij geen lid zijn van een vrijmetselaarsorganisatie. De betreffende wetgeving is het gevolg van de schandalen in de Italiaanse politiek rondom het bestaan van de 'geheime' vrijmetselaarsloge P2, die tot het begin van de jaren '80 achter de schermen grote invloed zou hebben uitgeoefend op de politieke besluitvorming en het functioneren van het overheidsapparaat. Het doel van de betreffende wetgeving is het herstel van het vertrouwen van het Italiaanse publiek in het functioneren van het overheidsapparaat en het voorkomen van verdere controverse over 'the role played by certain Freemasons in the life of the country'. Het EHRM ziet in deze wetgeving een (zij het geringe) inbreuk op de verenigingsvrijheid van *Grande Oriente*, maar accepteert dat de doelstelling van de inbreuk in beginsel gezien kan worden als een onderdeel van de bescherming van de nationale veiligheid en de voorkoming van wanordelijkheden.¹²⁸ Ook hier geeft het Hof derhalve aan dat maatregelen ter bevordering van de integriteit van het overheidsapparaat – of sterker nog: maatregelen ter bevordering van een positieve publieke opinie over de integriteit van het overheidsapparaat – gekoppeld kunnen worden aan het belang van de nationale veiligheid. *In casu* meent het Hof dan echter wel dat de maatregelen niet noodzakelijk en disproportioneel zijn, aangezien het enkele lidmaatschap van een vrijmetselaarsorganisatie niets zegt over eventuele laakbare handelingen die een persoon in overheidsdienst zou kunnen verrichten.¹²⁹

Met betrekking tot door de staat opgeworpen barrières ten aanzien van het lidmaatschap van het parlement of de wetgevende macht geeft het EHRM aan dat wat betreft de geëiste loyaliteit aan de staatsordening andere, minder zware, maatstaven dienen te gelden dan voor ambtenaren of rechters. Weliswaar kan ook van politici een zekere 'duty of loyalty' worden gevergd, maar leden van het parlement kunnen per definitie niet politiek neutraal zijn en kunnen zich dus het een en ander veroorloven wat betreft kritiek op de staatsstructuur, zonder dat dit consequenties mag hebben voor hun recht zich verkiesbaar te stellen. Maatregelen die bepaalde personen vanwege hun

127 EHRM 2 augustus 2001, *RJ&D* 2001-VIII (*Grande Oriente D'Italia di Palazzo Giustiniani/Italy*).

128 *Idem*, § 21.

129 *Idem*, § 26. Zie over deze kwestie ook EHRM 17 februari 2004, appl. no. 39748/98 (*Maestri/Italy*). Hierin was de berisping van een Italiaanse rechter vanwege lidmaatschap van een aan *Grande Oriente* gelieerde vrijmetselaarsloge aan de orde. Het EHRM meent dat de regels en richtlijnen van de Italiaanse Raad voor de rechtspraak waarop de berisping gebaseerd was niet in overeenstemming waren met het voorzienbaarheidsbeginsel en oordeelt deze daarom in strijd met art. 11 EVRM. Zodoende komt het Hof in deze zaak niet toe aan een beoordeling van het legitieme doel van de berisping en bevat het arrest ook geen opmerkingen over het belang dat de Italiaanse autoriteiten met de maatregel beoogden te dienen.

opvattingen en uitspraken ten aanzien van het staatsbestel uitsluiten van het recht om zich verkiesbaar te stellen worden door het Hof, mits zij proportioneel zijn, echter wel aangemerkt als maatregelen die (mede) gericht zijn op de bescherming van de nationale veiligheid.¹³⁰

5.6.4 Bestrijding van separatistische, anti-democratische of terroristische organisaties

5.6.4.1 Politieke partijen

In de 'vroege' jurisprudentie van de ECieRM komen reeds enkele zaken voor die betrekking hebben op overheidsoptreden tegen organisaties (doorgaans politieke partijen) die beschouwd werden als een gevaar voor de democratische rechtsorde. Het optreden tegen die organisaties en de inbreuk op onder meer de verenigingsvrijheid (artikel 11 EVRM) die dit met zich meebracht wordt in die jurisprudentie echter niet in verband gebracht met de beperkingsgrond nationale veiligheid. In § 4.6 hierboven kwam de ontvankelijkheidsbeslissing van de Commissie in de zaak uit 1957 naar aanleiding van de verbodenverklaring van de Duitse Communistische partij (KPD) reeds aan de orde. Deze verbodenverklaring werd door de Commissie vooral gezien vanuit het perspectief van artikel 17 EVRM, de anti-misbruikbepaling.¹³¹ In 1976 moest de ECieRM oordelen over de verbodenverklaring van een Italiaanse fascistische partij. Zij concludeerde dat deze inbreuk op artikel 11 EVRM noodzakelijk en gerechtvaardigd was in het belang van de 'public safety' en de 'protection of the rights and freedoms of others'.¹³²

In recenter jaren zijn de Straatsburgse organen echter in toenemende mate geconfronteerd met zaken over het verbieden van organisaties, waarbij de staat zijn optreden baseerde op onder meer de bescherming van de nationale veiligheid. Veel van deze zaken betroffen klachten tegen Turkije vanwege het verboden verklaren van bepaalde politieke partijen. De eerste in de reeks gaat over de verbodenverklaring door het Turkse Constitutioneel Gerechtshof van

130 EHRM 17 juni 2004, appl.no. 58278/00 (Zdanoka/Latvia), § 85-86. Het in dergelijke zaken mede in het geding zijnde art. 3 van het Eerste Protocol bevat geen beperkingsclausule met een opsomming van 'legitimate aims' met het oog waarop het betreffende recht beperkt kan worden. Desalniettemin heeft het Hof erkend dat het belang van de staat 'in ensuring that its own institutional system functions normally' een gegronde reden kan vormen om beperkingen aan te brengen ten aanzien van het passieve kiesrecht. Zie ook EHRM 9 april 2004, *RJ&D 2002-II* (Podkolzina/Latvia), § 34-35.

131 ECieRM 20 juli 1957, appl.no. 250/57 (German Communist Party/FRG), *Yearbook ECHR* 1955-1956-1957, p. 222-225.

132 ECieRM 12 oktober 1976 (ontv.besl.), appl.no. 6741/74 (X./Italy), *D&R* Vol. 5, p. 83-85.

de *United Communist Party of Turkey* (TBKP) en resulteert begin 1998 in een arrest van het EHRM.¹³³

De TBKP wordt op 4 juni 1990 opgericht en op diezelfde dag worden de statuten en het partijprogramma aan de procureur-generaal (*Principle State Counsel*) bij het Hof van Cassatie voorgelegd ter beoordeling van hun grondwettigheid. Op 14 juni 1990 vordert hij bij het Constitutionele Hof verbodenverklaring en ontbinding van de TBKP. Van de vier gronden waarop de procureur-generaal het verbod en de ontbinding vordert, oordeelt het Constitutionele Hof er twee als doeltreffend. De eerste is dat de TBKP zichzelf als 'communistisch' bestempelt, hetgeen strijd oplevert met de uitdrukkelijke bewoordingen van de Turkse Wet op de politieke partijen, die het gebruik van de termen 'communistisch', 'anarchistisch', 'fascistisch', 'theocratisch' of 'nationaal-socialistisch' in de naamgeving van politieke partijen verbiedt. De tweede reden is dat de TBKP zich in haar statuten en partijprogramma uitspreekt voor de erkenning van het bestaan van twee (autonome) volken – namelijk het Turkse en het Koerdische – binnen het staatkundige verband van de Turkse Republiek. Deze stellingname levert volgens het Constitutionele Hof een schending op van de Grondwet, die zowel in de preambule als in verspreide artikelen stipuleert dat Turkije een unitaire en ondeelbare staat is, met één taal en één nationaliteit voor alle burgers: de Turkse.¹³⁴ Op 16 juli 1991 wordt de ontbinding van de TBKP uitgesproken. Als gevolg daarvan vervallen de tegoeden van de partij aan de staat en wordt aan de oprichters van de partij het verbod opgelegd de eerstvolgende vijf jaar leidende of bestuurlijke functies te bekleden in enige politieke partij, of zich op te werpen als oprichters van een nieuwe partij. De TBKP en twee van haar oprichters klagen in Straatsburg over een schending van artikel 11 EVRM (de vrijheid van vereniging). Het EHRM zet in zijn arrest om te beginnen uiteen dat, hoewel artikel 11 alleen spreekt van het recht om *vakverenigingen* op te richten, dit artikel ook van toepassing moet worden geacht op politieke partijen. Dit mede vanwege het feit dat 'political parties are a form of association essential to the proper functioning of democracy'.¹³⁵ Vervolgens benadrukt het EHRM

'that an association, including a political party, is not excluded from the protection afforded by the Convention simply because its activities are regarded by the national authorities as undermining the constitutional structures of the State and calling for the imposition of restrictions. As the Court has said in the past, while it is in principle open to the national authorities to take such action as they consider

133 EHRM 30 januari 1998, *RJ&D 1998-I* (United Communist Party of Turkey and Others/Turkey).

134 Art. 68 lid 4 van de Turkse Grondwet eist expliciet dat '[T]he statutes and programmes, as well as the activities of political parties shall not be in conflict with the independence of the State, its indivisible integrity with its territory and nation (...)'.¹³⁵

135 EHRM 30 januari 1998, *RJ&D 1998-I* (United Communist Party of Turkey and Others/Turkey), § 24-25.

necessary to respect the rule of law or to give effect to constitutional rights, they must do so in a manner which is compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions (see the *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* judgment of 29 October 1992, Series A no. 246-A, p. 29, § 69).¹³⁶

De Turkse regering beroept zich ter rechtvaardiging van de inbreuk op de verenigingsvrijheid onder meer op de bescherming van de nationale veiligheid. Hierover merkt het EHRM op:

‘Inasmuch as the interference was based on the use of the word “communist” in the party’s name, it could not, in the Commission’s view, be said to be justified by any of the legitimate aims referred to in Article 11’. (...) On the other hand, inasmuch as the dissolution was based on a distinction drawn in the *TBKP*’s programme between Turks and Kurds, it could, in the Commission’s view, be said to have been ordered with the aim of protecting territorial integrity and thus “national security”. It was not that the *TBKP* was a terrorist organisation or one sponsoring terrorism, but it could be regarded as openly pursuing the creation of a separate Kurdish nation and consequently a redistribution of the territory of the Turkish State.’

Vervolgens stelt het Hof kortweg dat het ‘like the Commission’ meent dat de inbreuk geacht kon worden gericht te zijn op, in ieder geval, de bescherming van de nationale veiligheid.¹³⁷

Hoewel het EHRM zich in het kader van de vraag of met het partijverbod een van de in artikel 11, tweede lid, EVRM opgesomde legitieme doelen werd nagestreefd niet expliciet aansluit bij het door de Commissie aangebrachte onderscheid tussen de twee door het Turkse Constitutionele Hof aangevoerde redenen voor het partijverbod, lijkt het Hof hier toch wel mee in te stemmen. Dit levert voor het onderhavige onderzoek twee interessante constatering op, namelijk: (1) het voeren van de term ‘communistisch’ in de naam van een partij levert niet automatisch een gevaar op voor de nationale veiligheid, althans niet een zodanig gevaar dat daarmee inbreuken op de verenigingsvrijheid kunnen worden gerechtvaardigd; (2) als het staatsoptreden geacht moeten worden het belang van de territoriale integriteit te dienen is het per definitie ook gericht op de bescherming van de nationale veiligheid. Bescherming van de territoriale integriteit is derhalve onderdeel van de bescherming van de nationale veiligheid.¹³⁸

¹³⁶ *Idem*, § 27.

¹³⁷ *Idem*, § 40.

¹³⁸ In EHRM 8 december 1999, *RJ&D* 1999-VIII (Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)/Turkey), § 32-33 en EHRM 9 april 2002, *RJ&D* 2002-II (Yazar and Others/Turkey), § 38-39, zegt het Hof dit nog eens expliciet.

In het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid en proportionaliteit komt het Hof terug op de naamgeving van de partij als reden voor het verbod en gaat het ook in op het verband tussen de naam van een partij en haar formele en feitelijke doelstelling. Immers het gebruik van de term 'communistisch' in de naam van een partij vormt normaliter toch de uitdrukking van het feit dat deze partij zich het nastreven een communistische maatschappijordening ten doel stelt. Volgens het Hof moet echter ook gekeken worden of dit daadwerkelijk zo is en welke middelen een partij beoogt te hanteren bij het nastreven van haar doelstellingen:

'The Court also attaches much weight to the Constitutional Court's finding that the *TBKP* was not seeking, in spite of its name, to establish the domination of one social class over the others, and that, on the contrary, it satisfied the requirements of democracy, including political pluralism, universal suffrage and freedom to take part in politics (...). In that respect, the *TBKP* was clearly different from the German Communist Party, which was dissolved on 17 August 1956 by the German Constitutional Court (...).

Accordingly, in the absence of any concrete evidence to show that in choosing to call itself "communist", the *TBKP* had opted for a policy that represented a real threat to Turkish society or the Turkish State, the Court cannot accept that the submission based on the party's name may, by itself, entail the party's dissolution.'¹³⁹

Met betrekking tot de andere redenen die het Turkse Constitutionele Hof ten grondslag heeft gelegd aan het partijverbod, namelijk het propageren van separatisme door in het partijprogramma te spreken van een Koerdische natie en een Koerdisch volk, oordeelt het EHRM dat de wijze waarop de TBKP deze problematiek aan de orde stelde geenszins aangemerkt kan worden als een aansturen op secessie of aanzetten tot geweld. Vervolgens stelt het:

'The Court considers one of the principal characteristics of democracy to be the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression. From that point of view, there can be no justification for hindering a political group solely because it seeks to debate in public the situation of part of the State's population and to take part in the nation's political life in order to find, according to democratic rules, solutions capable of satisfying everyone concerned. To judge by its programme, that was indeed the *TBKP*'s objective in this area. (...)

Admittedly, it cannot be ruled out that a party's political programme may conceal objectives and intentions different from the ones it proclaims. To verify that it does not, the content of the programme must be compared with the party's actions and the positions it defends. In the present case, the *TBKP*'s programme could hardly

139 EHRM 30 januari 1998, *RJ&D* 1998-I (United Communist Party of Turkey and Others/Turkey), § 54.

have been belied by any practical action it took, since it was dissolved immediately after being formed and accordingly did not even have time to take any action. It was thus penalised for conduct relating solely to the exercise of freedom of expression. (...)

The Court is also prepared to take into account the background of cases before it, in particular the difficulties associated with the fight against terrorism (...). In the present case, however, it finds no evidence to enable it to conclude, in the absence of any activity by the *TBKP*, that the party bore any responsibility for the problems which terrorism poses in Turkey. (...)

Nor is there any need to bring Article 17 into play as nothing in the constitution and programme of the *TBKP* warrants the conclusion that it relied on the Convention to engage in activity or perform acts aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in it (...).

Regard being had to all the above, a measure as drastic as the immediate and permanent dissolution of the *TBKP*, ordered before its activities had even started and coupled with a ban barring its leaders from discharging any other political responsibility, is disproportionate to the aim pursued and consequently unnecessary in a democratic society. It follows that the measure infringed Article 11 of the Convention.¹⁴⁰

Na het arrest in de zaak van de *United Communist Party* volgt een reeks van vergelijkbare zaken waarin (a) telkens de verbodenverklaring van een Turkse politieke partij aan de orde is, (b) de reden voor de verbodenverklaring gelegen is in het partijstandpunt of de uitingen van politieke leiders met betrekking tot de plaats van de Koerden binnen de Turkse republiek (veelal een pleidooi voor een federale staatsstructuur met een bepaalde mate van autonomie voor de Koerden), (c) dit standpunt of die uitingen door de Turkse autoriteiten als een bedreiging voor de nationale eenheid en dus als separatistisch worden beschouwd en (d) het ingrijpen door de Turkse regering beargumenteerd wordt met een beroep op onder meer het belang van de bescherming van de nationale veiligheid.¹⁴¹ Telkenmale komt het EHRM langs min of meer dezelfde lijnen als in de bovenstaande zaak tot het oordeel dat het partijverbod een schending oplevert van artikel 11 EVRM. Kernoverwegingen van het Hof zijn:

(i) Toetsing aan de verenigings- en vergadervrijheid van artikel 11 EVRM moet geschieden mede in het licht van de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM, want de bescherming van bepaalde opinies en de vrijheid om die te uiten (ook als het gaat om visies die beledigend of shockerend zijn of die beroering veroorzaken), is één van de doelstellingen van de verenigings- en vergadervrijheid. Dit is met name van belang als het gaat om politieke partijen, aangezien deze een

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ EHRM 25 mei 1998, *RJ&D 1998-III* (Socialist Party and Others/Turkey), § 41-54; EHRM 8 december 1999, *RJ&D 1999-VIII* (Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)/Turkey), § 37-48; EHRM 9 april 2002, *RJ&D 2002-II* (Yazar and Others/Turkey), § 46-61. Deze laatste zaak betrof de verbodenverklaring van de People's Labour Party (HEP).

essentiële rol vervullen bij het verzekeren van pluralisme en het functioneren van de democratie. Zonder pluralisme kan geen democratie bestaan.¹⁴²

(ii) De staat is ter verzekering van het principe van pluralisme verplicht om, in overeenstemming met artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM, met redelijke tussenpozen vrije en geheime verkiezingen te organiseren om zo het volk de mogelijkheid te geven zich vrij te uiten over de samenstelling van de wetgevende organen. Hiervoor is het nodig dat verschillende politieke partijen, die elk bepaalde onder de bevolking levende opinies vertegenwoordigen, aan die verkiezingen en aan het politieke debat kunnen deelnemen.

(iii) De beperkingsclausule van artikel 11 moet, zeker waar het politieke partijen betreft, strikt worden uitgelegd: slechts 'convincing and compelling reasons' kunnen een inbreuk op de verenigingsvrijheid van politieke partijen rechtvaardigen. Bij het bepalen van de noodzakelijkheid van een dergelijke inbreuk hebben de verdragsstaten slechts een beperkte *margin of appreciation*, en deze gaat hand in hand met een 'rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts'. Radicale maatregelen zoals het verbieden en ontbinden van partijen of het onthouden van rechtspersoonlijkheid aan partijen mogen alleen worden toegepast 'in the most serious cases'.¹⁴³

(iv) Het is niet gerechtvaardigd om een politieke groepering te hinderen enkel en alleen op grond van het feit dat deze de situatie van een deel van de bevolking publiekelijk ter discussie wil stellen en wil deelnemen aan de politieke besluitvorming om zo, in overeenstemming met de regels van een democratisch bestel, oplossingen te zoeken die aanvaardbaar zijn voor alle betrokkenen. Het feit dat een partijprogramma als onverenigbaar met de huidige beginselen en structuren van de staat beschouwd wordt, maakt niet dat dit programma per definitie ook onverenigbaar is met de regels van een democratisch bestel: 'It is of the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organised, provided that they do not harm democracy itself.'¹⁴⁴

142 EHRM 25 mei 1998, *RJ&D 1998-III* (Socialist Party and Others/Turkey), § 41; EHRM 8 december 1999, *RJ&D 1999-VIII* (Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)/Turkey), § 37; EHRM 9 april 2002, *RJ&D 2002-II* (Yazar and Others/Turkey), § 46.

143 EHRM 25 mei 1998, *RJ&D 1998-III* (Socialist Party and Others/Turkey), § 50; EHRM 8 december 1999, *RJ&D 1999-VIII* (Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)/Turkey), § 45; Vgl. EHRM 9 april 2002, *RJ&D 2002-II* (Yazar and Others/Turkey), § 61.

144 EHRM 25 mei 1998, *RJ&D 1998-III* (Socialist Party and Others/Turkey), § 45 en 47; EHRM 8 december 1999, *RJ&D 1999-VIII* (Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)/Turkey), § 44; EHRM 9 april 2002, *RJ&D 2002-II* (Yazar and Others/Turkey), § 48. Ook het VN-Mensenrechtencomité heeft in diverse oordelen uitgesproken dat het leiding geven aan oppositionele politieke bewegingen of het verrichten van andere activiteiten gericht op wijziging – langs vreedzame weg – van het politieke systeem of de politieke besluitvorming, ook als dit in strijd komt met nationale wetgeving, beschermd wordt door de uitingsvrijheid en verenigingsvrijheid onder het IVBPR. Zie Coliver 1998, p. 44, met verwijzingen naar een grote reeks oordelen van het comité.

Vgl. Johannesburg Principle 7. Dit luidt: '(a) (...) [T]he peaceful exercise of the right to freedom of expression shall not be considered a threat to national security or subjected to any restrictions or penalties. Expression which shall not constitute a threat to national security includes, but is not limited to, expression that: (I) advocates non-violent change

(iv) Het fel bekritisieren van het optreden van politietroepen en militaire eenheden tegen als terroristisch aangemerkte organisaties is niet op een lijn te stellen met het ondersteunen van terrorisme en kan evenmin zonder meer worden aangemerkt als het aanzetten tot geweld. En zolang er geen sprake is van het aanzetten tot geweld of het propageren van antidemocratische methoden door politieke partijen acht het Hof het niet gerechtvaardigd om in te grijpen in het democratisch proces.¹⁴⁵

Deze jurisprudentiële lijnen zijn ook terug te vinden in de geruchtmakende arresten van het EHRM in de zaak over de verbodenverklaring van de Turkse Welvaartspartij (Kameruitspraak in 2001 en herbeoordeling door *Grand Chamber* in 2003).¹⁴⁶ Deze zaak vormt echter het bewijs dat het EHRM meent dat er zich wel degelijk omstandigheden kunnen voordoen waarin de doelstellingen van een partij en de uitlatingen van de politieke leiders daarvan een dusdanig gevaar opleveren voor (onder meer) de nationale veiligheid dat ingrijpen door middel van een partijverbod gerechtvaardigd is.

De Welvaartspartij wordt opgericht in 1983. Na de Turkse parlementsverkiezingen van 1995 komt deze orthodox-islamitische partij als grootste partij uit de bus (ongeveer 22% van het electoraat). Er wordt na die verkiezingen echter een coalitie gevormd door twee andere partijen om te voorkomen dat de Welvaartspartij in de regering komt. In 1996 treedt de Welvaartspartij echter alsnog toe tot de regering. Welvaartspartij-voorzitter Erbakan wordt premier van een coalitiekabinet, waarbinnen al snel veel conflicten rijzen. Deze conflicten betreffen met name het behoud van het seculiere karakter van de Turkse staat, iets waarvan de islamitische partij geen voorstander is. Op 30 mei 1997 dient Erbakan onder druk van de overige (coalitie)partijen zijn ontslag in.

Reeds in 1997, dus op het moment dat de Welvaartspartij nog deel uitmaakt van de regering, start het Turkse openbaar ministerie procedures om de Welvaartspartij te verbieden en ontbinden. Op 16 januari 1998 spreekt het Turkse Constitutionele Hof de ontbinding van de partij uit. Deze ontbinding is gebaseerd op de Wet op de regulering van de politieke partijen. In de artikelen 101 en 103 worden enkele redenen opgesomd die dwingen tot ontbin-

of government policy or the government itself; (ii) constitutes criticism of, or insult to, the nation, the state or its symbols, the government, its agencies, or public officials, or a foreign nation, state or its symbols, government, agencies or public officials; (iii) constitutes objection, or advocacy of objection, on grounds of religion, conscience or belief, to military conscription or service, a particular conflict, or the threat or use of force to settle international disputes; (iv) is directed at communicating information about alleged violations of international human rights standards or international humanitarian law. (b) No one may be punished for criticizing or insulting the nation, the state or its symbols, government, agencies or public officials unless the criticism or insult was intended and likely to incite imminent violence.'

¹⁴⁵ EHRM 9 april 2002, *RJ&D* 2002-II (Yazar and Others/Turkey), § 59-60.

¹⁴⁶ EHRM 31 juli 2001, *RJ&D* 2001-IV (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey) en EHRM 13 februari 2003, *RJ&D* 2003-II en 41344/98 (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey).

ding van een politieke partij, waaronder het uitdragen van ideeën die strijdig zijn met de Turkse constitutie of die discriminerend werken. De Wet op de regulering van de politieke partijen vormt een toepassing van artikel 69 van de Turkse Grondwet, dat gaat over de 'principles to be observed by political parties'. Het Constitutionele Hof baseert zijn uitspraak dan ook hoofdzakelijk op deze grondwetsbepaling, waarin gesteld wordt dat politieke partijen en staatsorganen zich moeten onthouden van activiteiten gericht tegen het seculiere karakter van de Turkse staat. Het Constitutionele Hof beschouwt de Welvaartspartij als een 'centre of activities contrary to the principle of secularism' en als een groepering die een theocratisch regime in Turkije wil vestigen.¹⁴⁷ Dit oordeel van het Constitutionele Hof is niet zozeer gebaseerd op het officiële partijprogramma van de Welvaartspartij, maar veeleer op een reeks van uitlatingen van politieke voorlieden van de partij waarin zij (a) aangeven invoering van de islamitische wetgeving *shari'a* na te streven,¹⁴⁸ (b) voorstellen om in Turkije een vorm van rechtspluralisme in te voeren waarbij individuen onderworpen zouden worden aan de normen opgelegd door zijn of haar religieuze gemeenschap¹⁴⁹ en (c) de suggestie wekken dat de vestiging van een islamitische staatsstructuur zonodig door middel van een *jihad* (heilige oorlog) moet worden bewerkstelligd.¹⁵⁰

Op 31 juli 2001 oordeelt (een kamer van) het EHRM dat de inbreuk op de verenigingsvrijheid door de verbodenverklaring en ontbinding van de Welvaartspartij '[t]aking into account the importance of the principle of secularism for the democratic system in Turkey' gebaseerd kan worden op verschillende van de in artikel 11 EVRM opgesomde rechtvaardigingsgronden, namelijk 'protection of national security and public safety, prevention of disorder or crime and protection of the rights and freedoms of others'.¹⁵¹ In het kader

147 EHRM 31 juli 2001, *RJ&D 2001-IV* (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey), § 23 en 65-66.

148 *Idem*, § 24: 'The Constitutional Court observed that secularism was one of the indispensable conditions of democracy. In Turkey the principle of secularism was safeguarded by the Constitution, on account of the country's historical experience and the specific features of Islam. The rules of sharia were incompatible with the democratic regime. The principle of secularism prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief and constituted the foundation of freedom of conscience and equality between citizens before the law.'

149 *Idem*, § 69.

150 *Idem*, § 74.

151 EHRM 31 juli 2001, *RJ&D 2001-IV* (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey), § 42. Het EHRM accepteert, zij het enigszins impliciet, dat het belang van de scheiding van kerk en staat in de Turkse context extra gewicht toekomt, omdat de huidige seculiere Turkse republiek omstreeks 1920 gevestigd werd als gevolg van een revolutionair proces ter omvorming van het ineengestorte islamitisch-theocratische Ottomaanse Rijk en Turkije derhalve tot in relatief recente tijden nog te maken had met een godsdienstig-totalitair regime (zie ook § 59, waar de Turkse regering deze historische achtergrond schetst, en § 65, waar het Hof opmerkt dat in het licht van de geschiedenis de vestiging van een theocratisch regime in Turkije 'not completely inconceivable' is.

van de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van de inbreuk haakt het EHRM allereerst aan bij de hierboven geschetste jurisprudentiële lijnen, vervolgens gaat het na of de drie redenen waarop het Turkse Constitutionele Hof de verbodenverklaring baseerde, steekhoudend zijn.

Met betrekking tot het voorstel om een vorm van rechtspluralisme in te voeren overweegt het EHRM:

‘[T]he Court considers that Refah’s proposal that there should be a plurality of legal systems would introduce into all legal relationships a distinction between individuals grounded on religion, would categorise everyone according to his religious beliefs and would allow him rights and freedoms not as an individual but according to his allegiance to a religious movement.

The Court takes the view that such a societal model cannot be considered compatible with the Convention system, for two reasons.

Firstly, it would do away with the State’s role as the guarantor of individual rights and freedoms and the impartial organiser of the practice of the various beliefs and religions in a democratic society, since it would oblige individuals to obey, not rules laid down by the State in the exercise of its above-mentioned functions, but static rules of law imposed by the religion concerned. But the State has a positive obligation to ensure that everyone within its jurisdiction enjoys in full, and without being able to waive them, the rights and freedoms guaranteed by the Convention (...).

Secondly, such a system would undeniably infringe the principle of non-discrimination between individuals as regards their enjoyment of public freedoms, which is one of the fundamental principles of democracy. A difference in treatment between individuals in all fields of public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention, and more particularly Article 14 thereof, which prohibits discrimination. Such a difference in treatment cannot maintain a fair balance between, on the one hand, the claims of certain religious groups who wish to be governed by their own rules and on the other the interest of society as a whole, which must be based on peace and on tolerance between the various religions and beliefs.’¹⁵²

Over het nastreven van de invoering van *shari’a* zegt het Hof:

‘[T]he Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one’s respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and

152 *Idem*, § 70.

criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. (...) In the Court's view, a political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention.¹⁵³

En met betrekking tot de verwijzingen naar een *jihad* meent het Hof:

'While it is true that Refah's leaders did not, in government documents, call for the use of force and violence as a political weapon, they did not take prompt practical steps to distance themselves from those members of Refah who had publicly referred with approval to the possibility of using force against politicians who opposed them. Consequently, Refah's leaders did not dispel the ambiguity of these statements about the possibility of having recourse to violent methods in order to gain power and retain it.'

Hoewel het Hof benadrukt dat de *margin of appreciation* voor de nationale autoriteiten in zaken betreffende partijverboden slechts gering is, oordeelt het dat staten in het algemeen mogen ingrijpen om te voorkomen dat politieke bewegingen een beleid vestigen dat niet verenigbaar is met het EVRM en concludeert het, zij het met een minimale meerderheid van drie tegen vier stemmen, dat *in casu* de inbreuk op de verenigingsvrijheid van de Welvaartspartij gerechtvaardigd is.¹⁵⁴

Waarschijnlijk mede vanwege de stemverhouding in de kamer van het Hof verzoekt de Welvaartspartij op grond van artikel 43 EVRM om een herbeoordeling van de uitspraak door de *Grand Chamber* van het EHRM.¹⁵⁵ Op 21 februari 2003 komt deze uit zeventien rechters bestaande *Grand Chamber* echter unaniem (!) tot dezelfde eindconclusie als eerder de (meerderheid van de) kamer.¹⁵⁶ De meeste overwegingen in het arrest die aan deze eindconclusie vooraf gaan, hebben dezelfde strekking als die van de kamer van het Hof. De *Grand Chamber* staat hoogstens in wat scherpere bewoordingen stil bij de mogelijkheid dat een politieke partij misbruik maakt van het democratisch systeem en van de bescherming van de verenigingsvrijheid om uiteindelijk het democratisch bestel teniet te doen, de staat te destabiliseren en een regime te vestigen dat onverenigbaar is met het EVRM.¹⁵⁷ Verder markeert zij nog iets nadrukkelijker de geringe beleidsvrijheid van staten rondom partijverbo-

153 *Idem*, § 72

154 *Idem*, § 81-84.

155 Zie voor een korte schets en karakterisering van deze procedure o.m. Loof 1997, p. 828-830.

156 EHRM 13 februari 2003, appl.nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98 (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey).

157 *Idem*, § 99.

den¹⁵⁸ en gaat zij wat uitvoeriger in op de correctheid van het moment van ingrijpen door middel van een partijverbod door de Turkse autoriteiten.¹⁵⁹

5.6.4.2 Andere organisaties

De klachten in Straatsburg over overheidsoptreden tegen vermeend separatistische, anti-democratische of terroristische organisaties betreffen echter niet alleen optreden jegens politieke partijen. In de zaak *Sidiropoulos and others/Greece* (1998) gaat het om de weigering tot het verlenen van rechtspersoonlijkheid aan een andersoortige vereniging omdat deze een gevaar voor de nationale eenheid zou vormen.¹⁶⁰ Een Griekse rechtbank weigerde om een Macedonische culturele vereniging officieel te registreren en deze weigering werd tot in hoogste instantie bevestigd. Voornaamste reden voor de weigering was dat de oprichters van de vereniging bekend stonden als voorvechters van het behoud van de 'Macedonische identiteit' in de regio Florina in het noorden van Griekenland en meermalen betoogd hadden dat de 'Macedonische cultuur' en de 'Macedoniërs' in Griekenland werden onderdrukt. In Straatsburg klagen de oprichters over een schending van onder meer artikel 11 EVRM (de verenigingsvrijheid). De Griekse regering beroept zich erop dat de inbreuk op de verenigingsvrijheid in casu noodzakelijk was met het oog op diverse doelen: 'the maintenance of national security, the prevention of disorder and the upholding of Greece's cultural traditions and historical and cultural symbols'.¹⁶¹ Het EHRM toont zich kritisch ten aanzien van dit laatste door de Griekse regering aangevoerde doel:

'The Court is not persuaded that the last of those aims may constitute one of the legitimate aims set out in Article 11 § 2. Exceptions to freedom of association must be narrowly interpreted, such that the enumeration of them is strictly exhaustive and the definition of them necessarily restrictive.'¹⁶²

158 *Idem*, § 102. Zij spreekt van een 'detailed scrutiny' door de nationale rechter en een 'rigorous European supervision' daarvan.

159 Dit in het licht van de noodzakelijkheidstoets. *Idem*, § 107-108. Het feit dat de Welvaartspartij volgens opiniepeilingen bij volgende parlementsverkiezingen wel eens een absolute meerderheid in het parlement zou kunnen krijgen, bepaalt in de ogen van het EHRM mede de juistheid van het moment van ingrijpen: 'Notwithstanding the uncertain nature of some opinion polls, those figures bear witness to a considerable rise in Refah's influence as a political party and its chances of coming to power alone. (...) The Court accordingly considers that at the time of its dissolution Refah had the real potential to seize political power without being restricted by the compromises inherent in a coalition. If Refah had proposed a programme contrary to democratic principles, its monopoly of political power would have enabled it to establish the model of society envisaged in that programme.'

160 EHRM 10 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (*Sidiropoulos and others/Greece*).

161 *Idem*, § 37.

162 *Idem*, § 38.

Desalniettemin meent het Hof dat de beslissing van de Griekse rechterlijke instanties om de vereniging niet te erkennen was ingegeven door de vrees dat de oprichters de bedoeling hadden om de Griekse identiteit van de regio Florina en de inwoners daarvan aan te vechten, hetgeen een ondermijning zou kunnen betekenen van de Griekse territoriale integriteit. Mede in het licht van de ten tijde van de weigering instabiele situatie op de Balkan en de gespannen verhouding tussen Griekenland en de voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië (met betrekking tot de Griekse regio's grenzend aan Macedonië) accepteert het Hof dat de inbreuk op de verenigingsvrijheid 'intended to protect national security and prevent disorder'.

Vervolgens moet het Hof beoordelen of de inbreuk op de verenigingsvrijheid voortvloeiend uit de weigering tot registratie noodzakelijk was in een democratische samenleving. In dat verband wijst het Hof erop (net als in de zaken over politieke partijen) dat het recht om een vereniging op te richten inherent is aan artikel 11 EVRM, ook al spreekt dit artikel alleen expliciet over het recht *vak*verenigingen op te richten: 'That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning.'¹⁶³ De hierboven aangeduide jurisprudentiële lijnen zijn ook in deze uitspraak te herkennen: de in artikel 11 vermelde beperkingsgronden moeten restrictief geïnterpreteerd moeten worden, staten hebben op dit punt slechts een beperkte *margin of appreciation* en een indringende Straatsburgse toetsing is geboden.

De Griekse regering slaagt er niet in het EHRM te overtuigen van de aanwezigheid van 'compelling reasons' voor de inbreuk op de verenigingsvrijheid. Het Hof constateert dat de betreffende vereniging, 'Home of Macedonian Civilisation' genaamd, volgens haar oprichtingsdocument gericht was op het behoud en de ontwikkeling van de tradities en volkscultuur van de regio Florina en dat dit op zich een volstrekt eerbaar en legaal doel is:

'[T]he inhabitants of a region in a country are entitled to form associations in order to promote the region's special characteristics, for historical as well as economic reasons. Even supposing that the founders of an association like the one in the instant case assert a minority consciousness, the Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE (Section IV) of 29 June 1990 and the Charter of Paris for a New Europe of 21 November 1990 – which Greece has signed – allow them to form associations to protect their cultural and spiritual heritage.'¹⁶⁴

Daarom acht het Hof een daadwerkelijk gevaar voor de openbare en nationale veiligheid niet echt aangetoond. Weliswaar erkent het Hof dat een organisatie

¹⁶³ *Idem*, § 40.

¹⁶⁴ *Idem*, § 44.

onder het mom van volstrekt eerbare doelen activiteiten kan ontwikkelen die toch immoreel, illegaal of openbare orde bedreigend zijn – een vooronderstelling die aan de weigering tot registratie door de Griekse rechterlijke instanties ten grondslag had gelegen – maar omdat de Griekse overheid als die situatie zich zou voordoen altijd nog had kunnen ingrijpen door een verbodenverklaring en ontbinding van de betreffende vereniging (mogelijk op grond van het Griekse burgerlijk wetboek) meent het Hof dat een ‘preventief verbod’ in de vorm van een weigering tot registratie een disproportionele inbreuk op de verenigingsvrijheid oplevert, zodat artikel 11 EVRM geschonden is.¹⁶⁵

Vermeend Macedonisch nationalisme of separatisme ligt ook ten grondslag aan de zaak *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria* uit 2001.¹⁶⁶ Evenals in de zaak *Sidiropoulos* betreft de klacht in deze zaak schending van artikel 11 EVRM, omdat Bulgaarse rechterlijke instanties hebben geweigerd de ‘United Macedonian Organisation Ilinden’ officieel te registreren en daarmee rechtspersoonlijkheid te verlenen en omdat in vervolg daarop diverse samenkomsten, herdenkingsbijeenkomsten en demonstraties van aanhangers van deze organisatie zijn verboden door de burgemeesters van de gemeenten waar deze hadden moeten plaatsvinden. Ilinden had volgens haar statuten als doel de vereniging van ‘all Macedonians in Bulgaria on a regional and cultural basis’ en de ‘recognition of the Macedonian minority in Bulgaria’, waarbij expliciet was aangegeven dat de organisatie ‘would not infringe the territorial integrity of Bulgaria and that it would not use violent, brutal inhuman or unlawful means’. De weigering tot registratie werd door de Bulgaarse rechterlijke instanties vooral gebaseerd op de overtuiging dat de organisatie een gevaar opleverde voor de nationale eenheid en territoriale integriteit van Bulgarije en zich schuldig maakte aan het bepleiten van ‘national and ethnic hatred’. De rechterlijke instanties waren in het bijzonder tot deze overtuiging gekomen vanwege het feit dat de organisatie zich onder meer tot doel had gesteld om de ‘political development of Macedonia’ en een ‘united, independent Macedonian State’ na te streven. Verder had de organisatie in haar procedure tegen de weigering tot registratie bij het Bulgaarse Hoogerechtshof gesteld dat ‘the Macedonian people would not accept Bulgarian, Greek or Serbian rule’. De formeel statutaire stelling van Ilinden dat geen inbreuken op de territoriale integriteit van Bulgarije beoogd werden, werd door de Bulgaarse rechters als inconsistent met de overige uitspraken van de organisatie geoordeeld.¹⁶⁷

Voor het EHRM is alleen het verbieden van de samenkomsten, herdenkingsbijeenkomsten en demonstraties nog relevant, aangezien de weigering tot registratie van de organisatie door de ECieRM niet-ontvankelijk *ratione temporis*

¹⁶⁵ *Idem*, § 46-47.

¹⁶⁶ EHRM 2 oktober 2001, *RJ&D* 2001-IX (Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria).

¹⁶⁷ *Idem*, § 10-12.

is verklaard De Bulgaarse regering verdedigt het verbod van de diverse bijeenkomsten met een beroep op een groot aantal beperkingsgronden: 'the protection of national security and territorial integrity, the protection of the rights and freedoms of others, guaranteeing public order in the local community and the prevention of disorder and crime'.¹⁶⁸ Hoewel het Hof – in lijn met zijn vaste jurisprudentie (zoals ook naar voren kwam in de zaak *Sidiropoulos*) – benadrukt dat de beperkingsgronden van artikel 11, tweede lid, EVRM restrictief moeten worden geïnterpreteerd, is het bereid om ervan uit te gaan dat het optreden jegens Ilinden en haar aanhangers inderdaad gericht was op de bescherming van één of meer van deze belangen en dus een gerechtvaardigd doel diende.¹⁶⁹ Met betrekking tot de noodzaak en proportionaliteit van de inbreuk op de vergadervrijheid herhaalt het Hof dat

'[t]he inhabitants of a region in a country are entitled to form associations in order to promote the region's special characteristics. The fact that an association asserts a minority consciousness cannot in itself justify an interference with its rights under Article 11 of the Convention. (...)

Admittedly, it cannot be ruled out that an organisation's programme may conceal objectives and intentions different from the ones it proclaims. To verify that it does not, the content of the programme must be compared with the organisation's actions and the positions it defends (...).

An essential factor to be taken into consideration is the question whether there has been a call for the use of violence, an uprising or any other form of rejection of democratic principles (...). Where there has been incitement to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression.'¹⁷⁰

Het belang van dit arrest is echter vooral gelegen in de overwegingen die het Hof laat volgen op deze herhaling van in eerdere jurisprudentie uitgezette lijnen. Zo maakt het Hof onderscheid tussen het aspect van de verenigingsvrijheid en het aspect van de vergadervrijheid in deze zaak:

'The Court considers, (...) that while past findings of national courts which have screened an association are undoubtedly relevant in the consideration of the dangers that its gatherings may pose, an automatic reliance on the very fact that an organisation has been considered anti-constitutional – and refused registration – cannot

¹⁶⁸ *Idem*, § 70.

¹⁶⁹ *Idem*, § 84. Het Hof benadrukt weliswaar de noodzaak tot een restrictieve interpretatie van de beperkingsgronden, maar merkt *niet* op dat bescherming van de territoriale integriteit *geen* beperkingsgrond is die in art. 11 lid 2 EVRM genoemd wordt. Ik beschouw dit als een aanwijzing dat het EHRM ervan uitgaat dat bescherming van de territoriale integriteit logischer- en noodzakelijkerwijs een onderdeel is van het bredere concept 'bescherming van de nationale veiligheid' (zoals ik ook betoogd heb in § 5.3 *supra*).

¹⁷⁰ *Idem*, § 89-90.

suffice to justify under Article 11 § 2 of the Convention a practice of systematic bans on the holding of peaceful assemblies.¹⁷¹

Verder geeft het Hof, in reactie op het door de Bulgaarse regering naar voren gebrachte argument dat (waarschijnlijke) aanhangers van Ilinden pamfletten hadden verspreid waarin de oprichting van gewapende groepen werd aangekondigd, aan dat alleen de verspreiding van dergelijke pamfletten – zonder concreet bewijs dat deze inderdaad afkomstig waren van aanhangers van Ilinden – onvoldoende is om de vrees voor geweldgebruik door deze organisatie gerechtvaardigd te achten: 'In the Court's opinion it is evident that if there had been preparation for armed action the Government would have been able to adduce more convincing evidence in this respect.'¹⁷²

Ook gaat het Hof tamelijk uitvoerig in op de vraag in hoeverre het bepleiten van afscheiding van een bepaald landsdeel een gerechtvaardigde vrees voor aantasting van de territoriale integriteit en nationale veiligheid oplevert. Zoals wel vaker blijkt ook hier volgens het Hof de grens te liggen bij het aanzetten tot geweld en het afwijzen van democratische beginselen:

'On the basis of all the evidence, the Court finds that at the relevant time it was not unreasonable for the authorities to suspect that certain leaders of the applicant association – or small groups which had developed from it – harboured separatist views and had a political agenda that included the notion of autonomy for the region of Pirin Macedonia or even secession from Bulgaria. (...)

It follows that the authorities could anticipate that separatist slogans would be broadcast by some participants during the commemorative ceremonies. (...)

The Court reiterates, however, that the fact that a group of persons calls for autonomy or even requests secession of part of the country's territory – thus demanding fundamental constitutional and territorial changes – cannot automatically justify a prohibition of its assemblies. *Demanding territorial changes in speeches and demonstrations does not automatically amount to a threat to the country's territorial integrity and national security.*

Freedom of assembly and the right to express one's views through it are among the paramount values in a democratic society. The essence of democracy is its capacity to resolve problems through open debate. *Sweeping measures of a preventive nature to suppress freedom of assembly and expression other than in cases of incitement to violence or rejection of democratic principles – however shocking and unacceptable certain views or words used may appear to the authorities, and however illegitimate the demands made may be – do a disservice to democracy and often even endanger it.*

In a democratic society based on the rule of law political ideas which challenge the existing order and whose realisation is advocated by peaceful means must be afforded a proper opportunity of expression through the exercise of the right of assembly as well as by other lawful means. (...)

171 *Idem*, § 92.

172 *Idem*, § 94.

The Court finds, therefore, that the probability that separatist declarations would be made at meetings organised by Ilinden could not justify a ban on such meetings.¹⁷³

Nu niet blijkt dat Ilinden of haar aanhangers ooit in Bulgarije strafrechtelijk zijn vervolgd voor dergelijke feiten acht het Hof 'a foreseeable risk of violent action or of incitement to violence or any other form of rejection of democratic principles' niet aanwezig en oordeelt het het preventief verbieden van de diverse bijeenkomsten een niet-gerechtvaardigde inbreuk op artikel 11 EVRM.¹⁷⁴

Een opvallend andere conclusie bereikt het EHRM in de zaak *Gorzelik and Others/Poland*, eveneens uit 2001.¹⁷⁵ In deze zaak draait het ook om de weigering van rechterlijke instanties om een bepaalde organisatie – de 'Union of People of Silesian Nationality', met een statutaire bepaling die luidt 'The Union is an organisation of the Silesian national minority' – officieel te registreren en zo rechtspersoonlijkheid te verlenen. De belangrijkste reden voor deze weigering is dat met registratie van deze organisatie indirect het bestaan van een Silezische minderheid in Polen erkend zou worden¹⁷⁶ en dat deze organisatie dan ook een beroep zou kunnen doen op de speciale regelingen met betrekking tot nationale minderheden in de Poolse kieswet (ten aanzien van erkende nationale minderheden kent de kieswet onder meer een uitzondering op de kiesdrempel van 5% van de stemmen, zodat partijen van minderheden ook als deze kiesdrempel niet gehaald wordt, toch deel kunnen uitmaken van het parlement). Dit zou de Silezische bevolkingsgroep in Polen een bevoorrechte positie geven ten opzichte van allerlei andere bevolkingsgroepen in Polen die, evenmin als de Silezische, officieel zijn erkend als nationale minderheid. De Poolse regering baseert de inbreuk op de verenigingsvrijheid in deze zaak dan ook op de beperkingsgronden 'prevention of disorder' en 'protection of the rights of others'. Het Hof accepteert dat de weigering tot registratie inderdaad deze doelen dient.¹⁷⁷ Vervolgens stelt het Hof dat de organisatie door enkele geringe aanpassingen in de naam en de oprichtingsakte had kunnen vermijden dat de indruk gewekt werd dat zij zich zou kunnen gaan manifeste-

173 *Idem*, § 96-98 (cursiveringen toegevoegd – JPL).

174 *Idem*, § 100 en 110-111. Hoewel ik de uitkomst van dit arrest niet direct zou willen betwisten, vraag ik mij wel af of het Hof hier niet een soort van cirkelredenering volgt, want het feit dat de organisatie noch haar aanhangers nooit strafrechtelijk vervolgd werden voor (aanzetten tot) geweld e.d. zou natuurlijk ook het gevolg kunnen zijn van het Bulgaarse beleid om alle bijeenkomsten waar deze feiten hadden kunnen plaatsvinden preventief te verbieden.

175 EHRM 20 december 2001, appl.no. 44158/98 (*Gorzelik and Others/Poland*).

176 De Poolse Grondwet voorziet erin dat erkende nationale minderheden in de gelegenheid worden gesteld aanspraak te maken op het inrichten van eigen onderwijs, culturele en religieuze instituties en participatie in besluitvorming in kwesties die te maken hebben met de culturele identiteit.

177 *Idem*, § 44.

ren als een politieke partij voor een bepaalde nationale minderheid, terwijl dit niet ten koste zou zijn gegaan van het bestaan of de verdere doelstellingen van de organisatie.¹⁷⁸ De conclusie luidt daarop als volgt:

‘The Court would also point out that pluralism and democracy are, by the nature of things, based on a compromise that requires various concessions by individuals and groups of individuals. The latter must sometimes be prepared to limit some of their freedoms so as to ensure the greater stability of the country as a whole. This is particularly true as regards the electoral system, which is of paramount importance for any democratic State.

The Court accordingly considers that, in the particular circumstances of the present case, it was reasonable on the part of the authorities to act as they did in order to protect the electoral system of the State, a system which is an indispensable element of the proper functioning of a “democratic society” within the meaning of Article 11.

There has therefore been no breach of that provision.¹⁷⁹

Hoewel de beperkingsgrond ‘national security’ in deze zaak niet wordt ingeroepen, is deze toch relevant, omdat hieruit naar voren komt dat, naast allerlei maatregelen ter bescherming van het functioneren het staatsapparaat die een inbreuk maken op bepaalde grondrechten en veelal wel gebaseerd worden op de bescherming van de nationale veiligheid, ook maatregelen gericht op de bescherming van juridische constructies in het kiesstelsel van een staat klaarblijkelijk een voldoende rechtvaardiging kunnen vormen voor inbreuken op een grondrecht (zij het dat daar dan een andere beperkingsgrond aan ten grondslag wordt gelegd).

Nu is deze constatering in algemene zin niet heel onlogisch of buitengewoon. In de betreffende casus heeft zij echter de toch enigszins merkwaardige uitkomst dat een op zich volstrekt vreedzame organisatie vanwege een eventuele deelname aan een eveneens volstrekt eerbare activiteit, namelijk deelname aan het democratisch proces van de nationale verkiezingen, in zekere mate als ‘illegaal’ gelabeld wordt en rechtspersoonlijkheid kan worden onthouden.¹⁸⁰ Dit zal ook de reden zijn dat het betreffende arrest voor een heroverweging wordt voorgelegd aan de *Grand Chamber* van het EHRM. Deze heroverweging levert echter geen ingrijpend ander eindoordeel op. In februari 2004 en bevestigt de *Grand Chamber* de kameruitspraak uit 2001, met een op enkele (hier niet van groot belang zijnde) punten uitvoeriger motivering.¹⁸¹

178 *Idem*, § 64-65.

179 *Idem*, § 66.

180 Vgl. ook de kritische kanttekeningen bij dit arrest van M.J. Kanne in haar noot bij AB 2002/180.

181 EHRM 17 februari 2004 (Grand Chamber), appl.no. 44158/98 (Gorzelik and Others/Poland).

5.6.4.3 Personen die een bedreiging vormen voor de staatsveiligheid

Overigens zijn de Straatsburgse organen niet alleen geconfronteerd met zaken betreffende de bestrijding van (vermeend) terroristische of separatistische organisaties, maar ook met zaken die te maken hadden met overheidsoptreden jegens van terrorisme of andere staatsveiligheidsbedreigende activiteiten verdachte personen. Veelal betrof het dan zaken waarin het ging om het gebruik van (dodelijk) geweld door politie of veiligheidstroepen tegen (vermeende) terroristen of om de uitzetting van vreemdelingen die verdacht werden van connecties met terroristische organisaties of betrokkenheid bij terroristische activiteiten. De verdragsartikelen die daarbij een rol spelen zijn artikel 2 (recht op leven) en artikel 3 (verbod van foltering) EVRM.

In artikel 2 EVRM is geen uitzondering opgenomen die expliciet verwijst naar het belang van de nationale veiligheid. Tijdens de totstandkomingsonderhandelingen van het EVRM werd door het Verenigd Koninkrijk voorgesteld om de interpretatieclausule in het tweede lid aan te vullen met een bepaling die dodelijk geweld dat absoluut noodzakelijk is 'in action lawfully taken for the purpose of (...) prohibiting entry to clearly defined areas to which entry is forbidden on grounds of national security' zou uitzonderen van de bescherming van het recht op leven.¹⁸² Dit voorstel werd echter niet overgenomen. Dat neemt echter niet weg dat in de drie gevallen die het tweede lid aanduidt als situaties waarin 'absoluut noodzakelijk' dodelijk geweld geen inbreuk op het recht op leven oplevert, wel degelijk nationale-veiligheidskwesaties aan de orde kunnen zijn. Bij (zelf)verdediging tegen onrechtmatig geweld (artikel 2, tweede lid, sub a) kan het bijvoorbeeld heel goed gaan om optreden tegen personen die trachten een terroristische aanslag te plegen en bij de bewerkstelling van een rechtmatige arrestatie of de voorkoming van de ontsnapping van een rechtmatig gedetineerde (artikel 2, tweede lid, sub b) kan het gaan om leden van terroristische of anderszins om staatsveiligheidsredenen verboden organisaties. Dat bij de onderdrukking van een opstand of oproer (artikel 2, tweede lid, sub c) ook de staatsveiligheid in het geding is, ligt al evenzeer voor de hand. De opstand of het oproer zal doorgaans gericht zijn tegen bepaalde staatsorganen.

In het gerucht makende arrest *McCann/UK* uit 1993 – waarin het doodschieten van enkele IRA-terroristen op Gibraltar als een schending van artikel 2 EVRM werd aangemerkt¹⁸³ – maakte het EHRM duidelijk dat overheidsoptreden jegens (vermeende) terroristen, *in casu* ingrijpen door speciale militaire anti-terrorisme-eenheden ter voorkoming van een bomaanslag, op zodanige wijze dient te worden gepland en uitgevoerd dat de verdachten hierbij niet worden omgebracht indien dit niet strikt noodzakelijk is ter voorkoming van hun

¹⁸² *Travaux préparatoires*, Vol. III, p. 186.

¹⁸³ Het was de eerste zaak waarin het EHRM tot het oordeel kwam dat artikel 2 EVRM geschonden was.

terroristische daad.¹⁸⁴ In een later arrest (1998) met betrekking tot optreden van Turkse legereenheden tegen een gewapende terroristische groep voegde het Hof hieraan toe dat bij de zorgvuldige planning en uitvoering van acties tegen terroristen ook hoort dat de risico's voor omstanders en andere burgers zo gering mogelijk gehouden worden. Daarbij zal bijvoorbeeld ook rekening gehouden moeten worden met de mogelijke gevolgen voor omstanders van gewapend verweer van de terroristen tegen de overheidsfunctionarissen.¹⁸⁵ Indien sprake is van geweldgebruik met dodelijke afloop, dient voorzien te zijn in een effectieve, grondige, onpartijdige en zorgvuldige nationale procedure om de rechtmatigheid van dit geweldgebruik onder de gegeven omstandigheden te toetsen.¹⁸⁶ Het initiatief tot het starten van een dergelijke (onderzoeks)procedure dient uit te gaan van de overheid en de procedure dient in zodanige mate in het openbaar te geschieden dat – tenminste – de nabestaanden van de slachtoffers toegang hebben tot de procedure en een zekere vorm van 'public scrutiny' kan plaatsvinden.¹⁸⁷ De bescherming van het recht op leven vergt bovendien dat militairen of politiefunctionarissen die verdacht

184 EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK), § 192-214. Overigens wordt in het arrest aangegeven dat het gebruik van dodelijk geweld gerechtvaardigd kan zijn als aan de zijde van de overheidsinstanties de redelijke en oprechte overtuiging bestaat dat dit absoluut noodzakelijk is om levens te redden; ook indien de informatie waarop die overtuiging was gebaseerd achteraf gezien onjuist blijkt. Zie in dit verband ook de noot van Lawson bij dit arrest in *NJCM-Bulletin* 1996, p. 537-561, m.n. 558 en 560. Hij wijst erop dat het Hof wat meer ruimte lijkt te bieden m.b.t. het gebruik van dodelijk geweld dan in de literatuur doorgaans verdedigd wordt. In de casus die aan het arrest ten grondslag lag werden drie IRA-terroristen die verdacht werden van het plaatsen van een autobom op Gibraltar door een SAS-eenheid doodgeschoten, omdat (abusievelijk) aangenomen werd dat de bom ieder moment tot ontploffing kon worden gebracht. Tijdens het onderzoek werd toegegeven dat het SAS-eenheid had geschoten om te doden. Het Hof achtte dit enkele feit echter niet voldoende om tot een schending van artikel 2 EVRM te constateren (een combinatie van andere factoren bracht het Hof wel tot het oordeel dat dit artikel geschonden was). In de literatuur wordt doorgaans verdedigd (zie o.m. Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 52 en Velu & Ergec 1990, p. 187) dat geweldgebruik in een dergelijke situatie slechts gericht mag zijn op 'neutralisering' van de verdachte ten behoeve van arrestatie, waarbij de dood slechts een onbedoeld gevolg van de actie mag zijn.

185 EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey), § 79-81. In deze zaak erkent het Hof impliciet dat veiligheidstroepen terroristen in een hinderlaag mogen laten lopen, maar vanwege het feit dat bij de schietpartij volgend op de hinderlaag onnodig burgerslachtoffers vallen, oordeelt het Hof dat art. 2 EVRM geschonden is. Zie op dit punt ook EHRM 20 mei 1999, *RJ&D* 1999-III (Ogur/Turkey).

186 EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Kaya/Turkey), § 86; EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey), § 78 en 161-164. O.m. in EHRM 4 mei 2001, *RJ&D* 2001-III (McKerr/UK), § 110-115, worden nog explicieter eisen geformuleerd t.a.v. de kwaliteit en transparantie van een dergelijk onderzoek.

187 EHRM 4 mei 2001, *RJ&D* 2001-III (McKerr/UK), § 111 en 115.

worden van ongerechtvaardigd en excessief geweldgebruik vervolgd worden.¹⁸⁸

Met betrekking tot de uitzetting van vreemdelingen kan uit het EHRM-arrest *Chahal* (1996) worden afgeleid dat, indien door de betreffende vreemdeling gesteld wordt dat de uitzetting mogelijk schending van artikel 2 of 3 EVRM oplevert, de nationale-veiligheidsexceptie ten aanzien van de rechtmatigheidscontrole op het besluit tot uitzetting (artikel 1, tweede lid, Zevende Protocol) niet kan worden ingeroepen. Er is in die situatie een strikte onafhankelijke controle noodzakelijk om niet in strijd te komen met artikel 13 EVRM.¹⁸⁹ Het rapport van de ECieRM in deze zaak ging nog een stap verder in het stellen van eisen aan de rechtmatigheidscontrole ten aanzien van uitzettingsbeslissingen gebaseerd op nationale-veiligheidsredenen. De Commissie concludeerde namelijk unaniem dat het Britse systeem zoals dit gefunctioneerd had in de zaak-*Chahal* in het licht van het EVRM een tweetal gebreken vertoonde. In de eerste plaats vergde het van de Britse autoriteiten geen enkele onderbouwing met bewijs van de stelling dat de uit te zetten persoon een gevaar opleverde voor de nationale veiligheid. In de tweede plaats voorzag het systeem niet in een mogelijkheid voor de Britse controlerende instantie (*in casu*: de rechter) om de afweging van het nationale-veiligheidsbelang tegen de belangen van de betrokken persoon (inclusief het risico dat hij onderworpen zou worden aan vervolging) te toetsen op redelijkheid en evenredigheid.¹⁹⁰ *A contrario* kan hieruit worden afgeleid dat de rechtmatigheidscontrole van uitzettingsbeslissingen om nationale-veiligheidsredenen wél een onderbouwing van de

188 EHRM 2 september 1998, *RJ&D* 1998-VI (Yasa/Turkey), § 98 en EHRM 20 mei 1999, *RJ&D* 1999-III (Ogur/Turkey), § 88. Vooralsnog lijken de eisen die het EHRM stelt aan de 'indringendheid' van die vervolging en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek niet heel groot te zijn. In EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-VII (Aytekin/Turkey) achtte het Hof een vertraging van twee jaar bij het instellen van een onderzoek naar een schietpartij met fatale afloop acceptabel en kwam het niet toe aan het uitspreken van een oordeel over de veroordeling tot een zeer lage straf van de voor de schietpartij verantwoordelijke militair (op dit punt waren de nationale rechtsmiddelen niet uitgeput en was de klacht derhalve niet ontvankelijk).

189 EHRM 15 november 1996, *RJ&D* 1996-V (*Chahal*/UK), § 140-155. Deze zaak betrof de uitzetting van een militante Sikh naar India, omdat de Britse regering hem verdacht van betrokkenheid bij terroristische activiteiten (in India) en hem daarom beschouwde als een gevaar voor de nationale veiligheid (van het VK). *Chahal* claimde dat zijn uitzetting in strijd zou komen met art. 3 EVRM, aangezien er een reëel risico was dat hij in India gemarteld zou worden. Doordat de Britse regering de uitzetting echter baseerde op 'redenen van nationale veiligheid' werden volgens het toen geldende Britse recht de mogelijkheden voor rechterlijke toetsing van het uitzettingsbesluit echter drastisch ingeperkt. Het EHRM oordeelde dit in strijd met art. 13 EVRM: de rechtmatigheidstoetsing 'must be carried out without regard to what the person may have done to warrant expulsion or to any perceived threat to the national security of the expelling State' (§ 151). In Straatsburg kwam art. 1 lid 2 Zevende Protocol zelf dus niet aan de orde. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze zaak en Britse wetwijziging als gevolg van het EHRM-arrest: Cameron 2000, p. 270-276.

190 ECieRM 27 juni 1995 (rapport), appl.no. 22414/93 (*Chahal*/UK), § 152.

ationale-veiligheidsrisico's vergt en eveneens een redelijkheids- en evenredigheidstoets ten aanzien van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het uitzettingsbesluit moet bevatten.

In het arrest *Al-Nashif/Bulgaria* uit 2002¹⁹¹ – dat wel de uitzetting van een vreemdeling wegens veiligheidsrisico's betrof, maar geen betrekking had op artikel 3, doch op artikel 8 EVRM (bescherming van het gezinsleven) – heeft het EHRM deze benadering overgenomen en in dat verband ook nog enkele opmerkingen gemaakt over de toetsing aan het voorzienbaarheids criterium bij wetgeving inzake nationale-veiligheidskwesties.¹⁹² Het Hof overwoog:

'that the requirement of "foreseeability" of the law does not go so far as to compel States to enact legal provisions listing in detail all conduct that may prompt a decision to deport an individual on national security grounds. By the nature of things, threats to national security may vary in character and may be unanticipated or difficult to define in advance. (...)

There must, however, be safeguards to ensure that the discretion left to the executive is exercised in accordance with the law and without abuse. (...) Even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and relevant evidence, if need be with appropriate procedural limitations on the use of classified information (...). The individual must be able to challenge the executive's assertion that national security is at stake. While the executive's assessment of what poses a threat to national security will naturally be of significant weight, the independent authority must be able to react in cases where invoking that concept has no reasonable basis in the facts or reveals an interpretation of "national security" that is unlawful or contrary to common sense and arbitrary.'¹⁹³

Het Hof gaf in deze zaak tevens aan dat vanuit het perspectief van artikel 13 EVRM de waarborgen die het nationale recht moet bieden in gevallen waarin sprake is van een vermeende schending van de door het EVRM gegarandeerde rechten kunnen verschillen naar gelang de in het geding zijnde nationale-veiligheidskwestie. Het Hof stelde dat in zaken zoals die van *Al-Nashif*, over de uitzetting van vreemdelingen om redenen van nationale veiligheid, het belang van de bescherming van gevoelige informatie makkelijker te verenigen is met het recht op een 'effective remedy' van het betreffende individu, dan in zaken als *Klass/FRG*, *Leander/Sweden* en *Amann/Switzerland* waarin de geheime bespieding door veiligheidsdiensten of de geheime veiligheidsonderzoeken alleen goed konden functioneren indien het betreffende individu geen weet

191 EHRM 20 juni 2002, appl.no. 50963/99 (*Al-Nashif/Bulgaria*), § 119-128 en 133-138.

192 Dit in aanvulling op de opmerkingen over toetsing aan het voorzienbaarheids criterium in de arresten *Leander/Sweden* en *Amann/Switzerland*, zie *supra* § 5.6.2.

193 EHRM 20 juni 2002, appl.no. 50963/99 (*Al-Nashif/Bulgaria*), § 121-124.

had van het plaatsvinden daarvan.¹⁹⁴ Het baseren van een uitzettingsbeslissing op nationale-veiligheidsredenen mag nooit leiden tot een volledige afwezigheid van 'remedies':

'While procedural restrictions may be necessary to ensure that no leakage detrimental to national security would occur and while any independent authority dealing with an appeal against a deportation decision may need to afford a wide margin of appreciation to the executive in matters of national security, that can by no means justify doing away with remedies altogether whenever the executive has chosen to invoke the term "national security"(...).

Even where an allegation of a threat to national security is made, the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available. The authority must be competent to reject the executive's assertion that there is a threat to national security where it finds it arbitrary or unreasonable. There must be some form of adversarial proceedings, if need be through a special representative after a security clearance. Furthermore, the question whether the impugned measure would interfere with the individual's right to respect for family life and, if so, whether a fair balance is struck between the public interest involved and the individual's rights must be examined.'¹⁹⁵

Het Bulgaarse recht bood in casu geen waarborgen die voldeden aan deze effectiviteitsmaatstaven, zodat het EHRM artikel 13 EVRM geschonden achtte.¹⁹⁶

Een laatste hier te noemen zaak over de uitzetting van vreemdelingen om redenen van nationale veiligheid betreft het arrest *Slivenko/Lithuania* uit 2003.¹⁹⁷ De klaagsters in deze zaak (moeder en dochter) zijn van Russische origine en verbleven tot 1998 in Letland; in dat jaar werden zij echter gedwongen Letland te verlaten. De vader van de moeder diende in het Russische leger en werd in 1959 in Letland gestationeerd. Een maand later werd de eerste klaagster (de moeder) geboren. De moeder trouwde in 1980 met een Russische officier, en in 1981 werd de tweede klaagster (de dochter) geboren. Nadat Letland onafhankelijk werd van Rusland werd de familie in het verblijfsregister opgenomen als 'ex-USSR burgers'. In 1994 verzocht de echtgenoot van de moeder, de Letse autoriteiten een tijdelijke verblijfsvergunning af te geven. Hij was inmiddels ontslagen uit het Russische leger. Het verzoek werd geweigerd: hij diende Letland te verlaten in overeenstemming met een in 1994 gesloten verdrag tussen Letland en Rusland dat de terugtrekking van de Russische troepen reguleerde, met als bijzonder oogmerk de Russische officieren.

194 *Idem*, § 137.

195 *Ibidem*.

196 *Idem*, § 138.

197 EHRM 9 oktober 2003, appl.no. 48321/99 (*Slivenko/Lithuania*).

In 1996 werd besloten tot uitzetting van de drie familieleden. De echtgenoot verliet Letland en vertrok naar Rusland. Beide klaagsters tekenden echter bezwaar aan bij de Letse rechter, maar die stelde vast dat de uitzetting en de afwijzing van de vergunning in het licht van het verdrag rehtens juist was. In 1998 werden zij opgepakt en gedurende een dag vastgehouden in een centrum voor illegale immigranten. Enkele maanden later dienden zij alsnog het land te verlaten. Zij voegden zich in 1999 bij de echtgenoot en namen het Russisch staatsburgerschap aan. De Letse wet verbood hen jaarlijks langer dan negentig dagen in Letland te verblijven. De ouders van de moeder woonden echter nog in Letland en waren ernstig ziek. De klacht behelsde onder meer een inbreuk op het familieleven ex artikel 8 EVRM vanwege de gedwongen uitzetting en de restricties bij het bezoek aan Letland.¹⁹⁸

Het EHRM acht in deze zaak het recht op respect voor het familieleven niet geschonden (omdat de maatregel niet ingreep in het kerngezin en er onder het EVRM geen aanspraak bestaat op een vrije keuze voor een land waar men familieleven wil opbouwen of voortzetten), maar constateert wel een schending van het privé-leven. Met betrekking tot het wettigheidsbeginsel merkt het Hof op dat het verdrag tussen Letland en Rusland weliswaar nog niet van kracht was ten tijde van de registratie van de klagers als 'ex-USSR burgers', maar dat tot op zekere hoogte voorzienbaar was dat hun status door het verdrag zou gaan worden gereguleerd. De beslissingen van de Letse rechters hadden geen arbitrair karakter; de deportatie was aldus 'in accordance with the law'. Het Hof meent tevens dat het verdrag een legitiem doel diende, namelijk de bescherming van de nationale veiligheid. De schending van het privé-leven schuilt echter in de noodzaak en proportionaliteit van de maatregel: ook officieren uit het Russische leger die inmiddels met pensioen waren, werden door de maatregelen getroffen. De nationale autoriteiten hadden, aldus het Hof, op individuele basis moeten onderzoeken, in welke mate de verzoeken tot verblijf nog een specifieke bedreiging zouden kunnen betekenen voor de nationale of openbare veiligheid. De afwezigheid van een hardheidsclausule acht het Hof in strijd met het noodzaakcriterium onder artikel 8, tweede lid, EVRM.¹⁹⁹ Ook uit dit arrest komt dus naar voren dat bij uitzetting van vreemdelingen om redenen van nationale veiligheid sprake moet zijn van voldoende duidelijke en geïndividualiseerde nationale-veiligheidsrisico's om de inbreuk op artikel 8 EVRM die voortvloeit uit de uitzetting te kunnen rechtvaardigen.

198 *Idem*, § 69.

199 *Idem*, § 93-129.

5.6.5 Verbieden en bestraffen van uitingen waarin steun aan separatisme of terrorisme wordt uitgesproken

In recente jaren is het EHRM diverse malen geconfronteerd met zaken waarin overheidsoptreden tegen (vermeend) terroristische of separatistische uitingen aan de orde was. Het betrof met name zaken tegen Turkije en uitingen die door de Turkse regering opgevat waren als steun aan de Koerdische arbeidersbeweging PKK of anderszins als ophitsend en aanzettend tot terrorisme of separatisme waren aangemerkt.

Aan deze reeks Turkse zaken ging echter een ontvankelijkheidsbeslissing van de ECieRM vooraf die betrekking had op een klacht van diverse Britse journalisten over een decreet van de Minister van Binnenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk uit 1988. In dit decreet – de zogenaamde *Broadcasting Ban* – werd aan de Britse omroepen verboden om ‘words spoken’ door tegenwoordigers van Noord-Ierse terroristische organisaties, aan die organisaties gelieerde politieke partijen (zoals *Sinn Fein*) of andere personen die deze organisaties ondersteunen, uit te zenden.²⁰⁰ De Commissie merkte het decreet weliswaar aan als een inbreuk op de persvrijheid zoals beschermd door artikel 10 EVRM, maar slechts als een inbreuk van beperkte omvang, aangezien het in het decreet opgenomen verbod geen gevolgen had voor ‘the words that can be spoken or the images that can be shown on television or the radio’. De Commissie begreep dat het voor de klagende journalisten onpraktisch was om bij de uitzending van sommige interviews de stem van een acteur te moeten gebruiken en plaatste ook vraagtekens bij het nut van het verbod, nu dit nauwelijks gevolgen had voor de inhoud van de voor het publiek beschikbare informatie. Juist het gebrek aan zulke gevolgen was voor de Commissie echter reden om de inbreuk op de persvrijheid in een redelijke verhouding

200 ECieRM 9 mei 1994 (ontv.besl.), appl.no. 18714/91 (Brind and others/UK). De tekst van het decreet luidde:

‘1. (...) I hereby require [the BBC] [the IBA] to refrain at all times from sending any broadcast matter which consists of or includes – any words spoken, whether in the course of an interview or discussion or otherwise, by a person who appears or is heard on the programme in which the matter is broadcast where – (a) the person speaking the words represents or purports to represent an organisation specified in paragraph 2 below, or (b) the words support or solicit or invite support for such an organisation, other than any matter specified in paragraph 3 below.

2. The organisations referred to in paragraph 1 above are – (a) any organisation which is for the time being a proscribed organisation for the purposes of the Prevention of Terrorism Temporary Provisions) Act 1984 or the Northern Ireland Emergency Provisions) Act 1978; and (b) Sinn Fein, Republican Sinn Fein and the Ulster Defence Association.

3. The matter excluded from paragraph 1 above is any words spoken – (a) in the course of proceedings in Parliament, or (b) by or in support of a candidate at a parliamentary, European Parliamentary or local election pending that election.’

Zie nader over deze Broadcasting Ban en vergelijkbare maatregelen in andere landen: Coliver 1998, p. 51-53.

te achten tot de doelstelling van het decreet, te weten de bestrijding van terrorisme:

‘[A]lthough the Government do not contend that the interference with the applicants’ rights is a prime element in the struggle against terrorism, it can be regarded as one aspect of a very important area of domestic policy. (...) [T]he Commission has no doubt as to the difficulties involved in striking a balance between the requirements of protecting freedom of information – especially the free flow of information from the media – and the need to protect the State and the public against armed conspiracies seeking to overthrow the democratic order which guarantees this freedom and other human rights.

The Commission finds, in the circumstances of the present case and bearing in mind the margin of appreciation permitted to States, the limited extent of the interference (...) and the importance of measures to combat terrorism, that it cannot be said that the interference with the (...) applicants’ freedom of expression was disproportionate to the aim sought to be pursued.’²⁰¹

In dit verband is interessant dat *Johannesburg Principle 8* ten aanzien van zaken als de bovenstaande een scherpere lijn formuleert dan de ECieRM. Principle 8 luidt: ‘Expression may not be prevented or punished merely because it transmits information issued by or about an organization that a government has declared threatens national security or a related interest.’

Dan nu naar de Turkse zaken. In de zaak *Zana* uit 1997 ging het om uitspraken van de heer Zana, de voormalige burgemeester van Diyarbakir (de hoofdstad van de provincie Anatolië in Zuid-Oost Turkije; de regio waar sinds ongeveer 1985 ernstige ongeregelde plaatsen vinden vanwege gewapende strijd tussen de PKK en Turkse veiligheidstroepen). Hij was in augustus 1987, terwijl hij vanwege diverse veroordelingen gedetineerd was in de militaire gevangenis van Diyarbakir, geïnterviewd door het nationale Turkse dagblad *Cumhuriyet* en had in dat interview onder meer gezegd; ‘I support the PKK national liberation movement; on the other hand, I am not in favour of massacres. Anyone can make mistakes, and the PKK kill women and children by mistake ...’.²⁰² Zana werd strafrechtelijk vervolgd vanwege het uitspreken van steun aan een gewapende afscheidingsbeweging, hetgeen volgens de Turkse strafwet het strafbare feit van ‘het in het openbaar prijzen of verdedigen van ernstige misdrijven en het daarmee in gevaar brengen van de openbare veiligheid’ opleverde. Een speciaal *national security court* veroordeelde Zana tot twaalf maanden gevangenisstraf, waarvan viervijfde deel voorwaardelijk.²⁰³ Het EHRM moest oordelen of deze inbreuk op de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) een legitiem doel diende en beantwoordde die vraag na enkele overwegingen in bevestigende zin:

201 ECieRM 9 mei 1994 (ontv.besl.), appl.no. 18714/91 (Brind and others/UK).

202 EHRM 25 november 1997, *RJ&D 1997-VII* (Zana/Turkey), § 12.

203 *Idem*, § 17 en 26.

‘The Government maintained that the interference had pursued legitimate aims, namely the maintenance of national security and public safety, the preservation of territorial integrity and the prevention of crime. As the PKK was an illegal terrorist organisation, the application of Article 312 of the Turkish Criminal Code by the national courts in the case had had the aim of punishing any act calculated to afford support to that type of organisation.

(...) In the Commission’s view, such a statement from a person with some political standing – the applicant is a former mayor of Diyarbakır – could reasonably lead the national authorities to fear a stepping up of terrorist activities in the country. The authorities had therefore been entitled to consider that there was a threat to national security and public safety and that measures were necessary to preserve the country’s territorial integrity and prevent crime.

(...) The Court notes that in the interview he gave the journalists the applicant indicated that he supported “the PKK national liberation movement” (...) and, as the Commission noted, the applicant’s statement coincided with the murders of civilians by PKK militants.

That being so, it considers that at a time when serious disturbances were raging in south-east Turkey (...) such a statement – coming from a political figure well known in the region – could have an impact such as to justify the national authorities’ taking a measure designed to maintain national security and public safety. The interference complained of therefore pursued legitimate aims under Article 10 § 2.²⁰⁴

Ook ten aanzien van de noodzaak en proportionaliteit van de inbreuk kwam het Hof tot een positief oordeel. Daarbij lette het met name op het inherent contradictoire karakter van Zana’s uitspraken (enerzijds steun uitspreken aan een terroristische organisatie die grof geweld gebruikt om zijn doelstellingen te bereiken, anderzijds geweldgebruik en massamoorden afwijzen en tegelijkertijd weer massamoorden op vrouwen en kinderen afdoen als ‘fouten die iedereen kan maken’)²⁰⁵ en op de specifieke omstandigheden in Zuid-Oost Turkije ten tijde van de uitspraken:

‘The statement cannot, however, be looked at in isolation. It had a special significance in the circumstances of the case, as the applicant must have realised. As the Court noted earlier (...), the interview coincided with murderous attacks carried out by the PKK on civilians in south-east Turkey, where there was extreme tension at the material time. (...)

In those circumstances the support given to the PKK – described as a “national liberation movement” – by the former mayor of Diyarbakır, the most important city in south-east Turkey, in an interview published in a major national daily newspaper, had to be regarded as likely to exacerbate an already explosive situation in that region. (...)

204 *Idem*, § 48-50.

205 *Idem*, § 58. Het Hof merkt de PKK zonder meer als terroristische organisatie aan.

Having regard to all these factors and to the margin of appreciation which national authorities have in such a case, the Court considers that the interference in issue was proportionate to the legitimate aims pursued. There has consequently been no breach of Article 10 of the Convention.²⁰⁶

Na de zaak *Zana* volgden diverse andere zaken waarin het ging om strafrechtelijke vervolging vanwege het uiten of verspreiden van boodschappen die door de Turkse autoriteiten als een bedreiging van de nationale eenheid en de territoriale integriteit van de staat beschouwd werden en waarin door de Turkse regering een beroep gedaan werd op (onder meer) de beperkingsgrond 'national security'. Ik licht er hier enkele uit:

- de zaak *Arslan*, over de veroordeling van de auteur van een boek waarin het Turkse optreden jegens de Koerden fel werd bekritiseerd, de Turken werden afgeschilderd als cultureel inferieure overheersers en een deel van het Turkse grondgebied als 'het land Koerdistan' werd aangeduid;²⁰⁷
- de zaak *Gerger*, over het voorlezen tijdens een herdenkingsbijeenkomst voor twee in 1972 ter dood veroordeelde marxistische studentenleiders van een brief waarin 'de Koerdische guerrilla' tegen 'het Turkse imperialisme' werd geprezen en de bevrijding van de Koerdische arbeiders werd bepleit;²⁰⁸
- de zaak *Sürek and Özdemir*, over de veroordeling van de uitgever en hoofdredacteur van een marxistisch georiënteerd weekblad vanwege de publicatie in dat blad van (a) een interview met twee PKK-leiders waarin werd gesteld dat 'de oorlog tegen de Turkse overheersing' tot het bittere einde uitgevochten zou worden en de vestiging van een onafhankelijke Koerdische staat werd bepleit en aangekondigd en (b) een gezamenlijke oproep van enkele verbodenverklaarde politieke groeperingen aan het Turkse parlement om de uitoefening van gezag over Koerdistan te staken en de Koerden een kans te geven een zelfstandige staat te vormen;²⁰⁹
- de zaak *Çetin and others*, over het door de gouverneur uitgesproken verbod op de invoer en verspreiding in de regio waar een noodtoestand was uitgeroepen (Zuid-Oost Turkije) van het dagblad "Ülkede Gündem" en enkele andere kranten en tijdschriften, omdat deze een – niet nader gespecificeerd – gevaar zouden opleveren voor de staatsveiligheid.²¹⁰

In al deze zaken grijpt het EHRM bij de beoordeling van het legitieme doel van de inbreuken op de uitingsvrijheid terug op zijn overwegingen uit de zaak *Zana*:

206 *Idem*, § 59-60 en 62.

207 EHRM 8 juli 1999, appl.no. 23462/94 (*Arslan/Turkey*), § 8-21.

208 EHRM 8 juli 1999, appl.no 24919/94 (*Gerger/Turkey*), § 9-17.

209 EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (*Sürek and Özdemir/Turkey*), § 9-20.

210 EHRM 13 februari 2003, appl.nos. 40153/98 en 40160/98 (*Çetin and Others/Turkey*), § 9-12.

'The Court considers that, having regard to the sensitivity of the security situation in south-east Turkey (see the *Zana v. Turkey* judgment of 25 November 1997, *Reports* 1997-VII, p. 2539, § 10) and to the need for the authorities to be alert to acts capable of fuelling additional violence, the measures taken against the applicants can be said to have been in furtherance of certain of the aims mentioned by the Government, namely the protection of national security and territorial integrity and the prevention of disorder and crime. This is certainly true where, as with the situation in south-east Turkey at the time of the circumstances of this case, the separatist movement had recourse to methods which rely on the use of violence.'²¹¹

Het optreden van de Turkse autoriteiten wordt door het Hof dus, in het licht van de gewapende strijd in Zuid-Oost Turkije, aangemerkt als in het belang van (onder meer) de nationale veiligheid en territoriale integriteit. Met betrekking tot de noodzakelijkheid en proportionaliteit van uitingstvrijheidbeperkende optreden van de Turkse autoriteiten komt het Hof echter in alle vier de zaken tot een ander oordeel dan in de zaak *Zana*.

In de zaak *Arslan* meent het Hof dat uit het feit dat de kritische uitingen afkomstig zijn van een enkel individu en niet gepubliceerd zijn via massamedia, maar in een literair werk, voortvloeit dat het gevaar van die uitingen voor de nationale veiligheid, openbare orde en territoriale integriteit slechts beperkt is. Het feit dat Arslan's boek (in tweede druk) verscheen rond het einde van de eerste Golfoorlog in 1991, toen vele Iraakse Koerden samentrokken aan de Iraaks-Turkse grens en daar een extra gespannen situatie ontstond, maakt dat niet anders. Bovendien stelt het Hof dat de toon van het boek op sommige plaatsen weliswaar zeer negatief en vijandig is ten opzichte van de Turkse bevolking, maar dat daarin niet wordt opgeroepen tot geweld, gewapend verzet of opstand. Mede vanwege de zwaarte van de aan Arslan opgelegde straf acht het Hof de inbreuk op de uitingstvrijheid disproportioneel en concludeert het tot een schending van artikel 10 EVRM.²¹²

In de zaak *Gerger* komt het Hof tot een vergelijkbare analyse: de boodschap van Gerger werd voorgelezen aan een beperkt publiek tijdens een herdenkingsbijeenkomst, waardoor het gevaar voor de nationale veiligheid en territoriale

211 EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (*Sürek and Özdemir/Turkey*), § 51. EHRM 8 juli 1999, appl.no 24919/94 (*Gerger/Turkey*), § 41 en EHRM 8 juli 1999, appl.no. 23462/94 (*Arslan/Turkey*), § 40 zijn gelijkkluidend. EHRM 13 februari 2003, appl.nos. 40153/98 en 40160/98 (*Çetin and Others/Turkey*), § 47 is beknopter (geen verwijzing naar de zaak *Zana*), maar heeft dezelfde strekking: 'Eu égard au caractère sensible de la lutte contre le terrorisme ainsi qu'à la nécessité pour les autorités d'exercer leur vigilance face à des actes susceptibles d'accroître la violence, la Cour estime pouvoir admettre que la mesure litigieuse poursuivait deux buts compatibles avec l'article 10 par. 2: la défense de l'ordre public et la protection de la sécurité nationale.'

212 EHRM 8 juli 1999, appl.no. 23462/94 (*Arslan/Turkey*), § 47-50. Zie voor vergelijkbare zaken en oordelen: EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (*Ceylan/Turkey*); EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23536/94 en 24408/94 (*Başkaya and Okçuoglu/Turkey*); EHRM 8 juli 1999, appl.no. 23500/94 (*Polat/Turkey*); EHRM 18 juli 2000, appl.no. 26680/95 (*Şener/Turkey*).

integriteit beperkt bleef, en hoewel Gerger schreef over strijd, verzet en bevrijding, riep hij niet op tot geweld of gewapend verzet tegen de Turkse autoriteiten. De inbreuk op de uitingsvrijheid van Gerger was in de ogen van het Hof dan ook disproportioneel.²¹³

In de zaak *Sürek and Özdemir* wordt al evenzeer dezelfde lijn gevolgd. In de eerste plaats merkt het Hof op dat

‘the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion.’²¹⁴

Vervolgens stelt het Hof dat het feit dat de gewraakte uitingen afkomstig waren van (leidende figuren uit) verboden organisaties onvoldoende reden vormt om de publicatie ervan te bestraffen. En ook al getuigen de uitlatingen van de geïnterviewde PKK-leiders van onverzoenlijkheid jegens de Turkse autoriteiten en van een eenzijdige kijk op de oorzaak van het geweld in Zuid-Oost Turkije meent het Hof dat het bij de rol van de pers past om ook een dergelijke visie onder de aandacht van het publiek te brengen en dat de publicatie niet aanzet tot haat of geweld, zodat ook in dit geval de inbreuk op de uitingsvrijheid disproportioneel is.²¹⁵

Het (mogelijke) gebruik van geweld of het aanzetten tot het gebruik van geweld is voor het EHRM een heel essentieel punt. In een reeks van arresten

213 Zie voor een vergelijkbare zaak en oordeel: EHRM 8 juli 1999, *RJ&D 1999-IV* (Okçuoglu/Turkey). In deze zaak ging het om een publicatie in een slechts op beperkte schaal verspreid tijdschrift, zodat het Hof het risico voor de nationale veiligheid slechts gering achtte (zie § 48 van het arrest).

214 EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (*Sürek and Özdemir/Turkey*), § 30.

215 *Idem*, § 61-64. Op de analyse (van de meerderheid van het Hof) dat in het gepubliceerde interview met de PKK-leiders niet werd aangezet tot geweld of gewapende strijd valt overigens wel het nodige af te dingen. Zie de gezamenlijke *dissenting opinion* bij dit arrest van de rechters Wildhaber, Kûris, Strá_nická, Baka en Traja en de *dissenting opinion* van de Turkse rechter Gölcüklü. Deze laatste wijst erop dat de ECieRM slechts met 17 tegen 15 stemmen tot schending van artikel 10 EVRM oordeelde en citeert uitvoering uit de *dissenting opinion* van de Commissieleden Trechsel, Busuttil, Jörundsson, Gözübüyük, Weitzel, Liddy, Cabral Barreto, Bratza, Sváby, Ress, Pereniè, Bîrsan, Herndl, Bieliûnas en Alkema die menen dat diverse passages uit het interview ‘can only be interpreted as an encouragement to further terrorist violence’. In EHRM 8 juli 1999, *RJ&D 1999-IV* (*Sürek/Turkey* No. 1) kwam het hof tot een ander eindoordeel. Het achtte daar de in een publicatie gehanteerde bewoordingen van dien aard dat wel sprake was van het aanzetten tot haat en geweld en het verheerlijken van gewapende strijd, zodat de strafrechtelijke veroordeling vanwege die publicatie wel gerechtvaardigd was (zie m.n. § 62 en 63 van het arrest). Vgl. op dit punt ook: EHRM 20 januari 2000 (ontv.besl.), appl.no. 35402/97 (*Hogefeld/Germany*). EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 25067/94 en 25068/94 (*Erdogdu and Ince/Turkey*), is weer een voorbeeld van een zaak waarin een perspublicatie (een interview met een socioloog over de beweegredenen voor het ‘Koerdisch nationalisme’) door het EHRM als geenszins aanzettend tot geweld e.d. wordt aangemerkt.

komt naar voren dat publicaties of andere uitingen die aanzetten tot het gebruik van geweld tegen individuele overheidsfunctionarissen, tegen het overheidsapparaat in zijn geheel of tegen andere burgers, consequenties hebben voor de *margin of appreciation* die aan de staat toekomt bij het beoordelen van de noodzaak en proportionaliteit van eventuele inbreuken op de uitingsvrijheid. De *margin of appreciation*, die bij staatsoptreden in het belang van de nationale veiligheid doorgaans al ruim is,²¹⁶ wordt in geval van het aanzetten tot geweld nog ruimer,²¹⁷ zodat ingrijpende (veelal strafrechtelijke) maatregelen (en strenge straffen) eerder gerechtvaardigd worden geacht.

De zaak *Çetin and Others* maakt echter duidelijk dat bij preventief ingrijpen in de uitingsvrijheid wel voorzien moet zijn in afdoende nationale mogelijkheden voor controle op de rechtmatigheid van dit ingrijpen. Het Hof overweegt in deze zaak dat een preventieve inbeslagname van een tijdschrift of een verspreidingsverbod op zichzelf redelijk kan zijn in het kader van een noodtoestand, maar onder de wetgeving die een dergelijke noodtoestand reguleert moeten er dan wel voldoende waarborgen tegen willekeur en ter bescherming van de uitingsvrijheid bestaan.²¹⁸ Bovendien zullen preventieve beperkende maatregelen ten aanzien van perspublicaties minder snel acceptabel zijn dan ten aanzien van televisie- of radiouitzendingen, aangezien die laatste een veel direkter en indringender 'impact' hebben; daarom onderscheidt deze zaak zich volgens het Hof van de hierboven aangehaalde zaak over de Britse *Broadcasting Ban*.²¹⁹ In *casu* waren deze niet aanwezig; de wettelijk vastgelegde bevoegdheid van de gouverneur om dergelijke verboden in te stellen evenals de uitoefening van die bevoegdheid waren niet onderworpen aan enigerlei vorm van rechterlijke controle. Het Hof concludeert daarom dat de dat de

216 Schokkenbroek 1996, p. 207 en 223. Deze ruime *margin of appreciation* i.g.v. overheidsoptreden in het belang van de nationale veiligheid leidt hij af uit EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (Leander/Sweden).

217 EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (Süreç and Özdemir/Turkey), § 60; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Süreç/Turkey No. 1), § 61; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Karatas/Turkey), § 50; EHRM 18 juli 2000, appl.no. 26680/95 (Şener/Turkey), § 40.

218 EHRM 13 februari 2003, appl.nos. 40153/98 en 40160/98 (Çetin and Others/Turkey), § 59.

219 Idem, § 62: 'La Cour est évidemment prête à tenir compte, en particulier, des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme. Cela étant, elle relève que la Commission a déclaré irrecevables deux requêtes portant sur un arrêté ministériel imposant certaines interdictions aux médias audiovisuels dans des circonstances similaires à la présente affaire (...). Toutefois, la présente affaire se distingue des requêtes susmentionnées, où il s'agissait de restrictions concernant des médias audiovisuels qui ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que dans la presse écrite. En outre, la réglementation examinée par la Commission décrivait de manière très détaillée le type d'émission à laquelle s'appliquait l'interdiction (des interviews de porte-parole de certaines organisations). Enfin, ces décisions d'interdiction avaient fait l'objet d'un contrôle juridictionnel.'

gewraakte maatregelen disproportioneel en dus niet noodzakelijk waren in een democratische samenleving; schending van artikel 10 EVRM.²²⁰

Naast de hier genoemde zaken wees het EHRM na 1997 overigens nog diverse andere arresten waarin het draaide om publicaties die voor de Turkse autoriteiten aanleiding hadden gevormd om op grond van de anti-terrorismedwetting over te gaan tot vervolging, omdat deze een gevaar zouden opleveren voor de nationale eenheid en territoriale integriteit. In die arresten wordt het Turkse overheidsoptreden weliswaar nadrukkelijk gezien als onderdeel van de strijd tegen terrorisme, maar evenwel niet onder de beperkingsgrond 'national security' of 'territorial integrity' gebracht, maar alleen onder de beperkingsgrond 'prevention of disorder or crime'.²²¹

220 EHRM 13 februari 2003, appl.nos. 40153/98 en 40160/98 (Çetin and Others/Turkey), § 63-66: 'Au demeurant, la Cour ne peut pas souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel la décision d'interdiction a été prise par le préfet de la région au motif que les articles publiés dans le quotidien, qui ont donné lieu à plusieurs saisies au motif qu'ils tendaient à inciter la population à l'émeute ou à justifier des actes criminels terroristes, pouvaient avoir un impact important sur l'ordre public de la région. Pour la Cour, la tension politique régnant à l'époque des faits dans la région en question en raison des actes de terrorisme pèse d'un certain poids (...). Les articles qui avaient fait l'objet de procédures de saisie pouvaient certes avoir un impact particulier sur ce climat sensible. Toutefois, il convient de relever que la décision d'interdiction n'était pas motivée et ne faisait aucune référence à des décisions de saisie ordonnées par les juges d'Istanbul. En outre, il ne s'agit pas de l'application d'une mesure préventive faisant suite à des saisies invoquées par le Gouvernement, étant donné que la saisie d'une publication à titre préventif ne peut être ordonnée que par un juge dans le contexte d'une procédure pénale différente par sa nature de celle appliquée en l'espèce. Dès lors, en l'absence d'une motivation détaillée accompagnée d'un contrôle juridictionnel adéquat, l'application d'une telle mesure est susceptible d'interprétations diverses. Ainsi, aux yeux des requérants, l'interdiction litigieuse peut avoir été motivée par la publication dans *Ülkede Gündem* de critiques sévères au sujet des activités des forces de l'ordre dans la région. (...) Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel les habitants de la région disposaient de sources multiples pour recevoir des idées et informations et celui selon lequel les requérants, en tant que journalistes, ont contribué à la publication des différents quotidiens et ont ainsi eu l'occasion de communiquer leurs idées et leurs informations avec l'ensemble du pays, la Cour rappelle le rôle éminent que la presse occupe dans une société démocratique. Les citoyens en tant qu'interlocuteurs passifs doivent recevoir plusieurs messages, choisir et former leur opinion à partir de ces expressions multiples. Ainsi, la société démocratique trouve sa richesse dans ce pluralisme d'idées et d'informations. (...) En conclusion, la Cour relève que l'absence d'un contrôle juridictionnel en matière d'interdiction administrative de publications prive les requérants des garanties suffisantes pour éviter d'éventuels abus. Dès lors, elle conclut, à la lumière de ces considérations, que l'ingérence (...) ne peuvent être considérées comme nécessaires dans une société démocratique et vont au-delà des exigences du but légitime recherché; il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention.' Het gebrek aan waarborgen tegen misbruik wordt hier dus direkt als schending van art. 10 aangemerkt en niet verder beoordeeld onder art. 13 EVRM.

221 Zie bijv. EHRM 8 juni 1998, *RJ&D* 1998-IV (Inçal/Turkey); EHRM 15 juni 2000, appl.no. 25723/94 (Erdogdu/Turkey), § 50; EHRM 16 maart 2001, *RJ&D* 2001-III (Özgür Gündem/Turkey). In deze laatste zaak oordeelde het EHRM overigens niet alleen dat art. 10 EVRM geschonden was door het disproportionele optreden van de Turkse overheid (inval in kantoren en arrestatie van alle medewerkers van een krant, op verdenking van steun aan

5.7 OOK EEN ROL VOOR HET CONCEPT 'NATIONAL SECURITY' BUITEN DE BIJZONDERE BEPERKINGSCLAUSULES OM

In dit hoofdstuk is tot dusverre alleen gekeken naar het belang van de staatsveiligheid als één van de doelcriteria opgenomen in de beperkingsclausules bij diverse verdragsrechten. Het belang van de staatsveiligheid speelt in de controle op de naleving van de mensenrechtenverdragen door de internationale toezichthoudende organen echter ook op andere manieren een rol en kan ook buiten de beperkingsclausules die dit belang expliciet noemen aan de orde komen. Zo kan het belang van de nationale veiligheid een rol spelen bij de beoordeling van de reikwijdte van bepaalde rechten en kunnen in aan nationale veiligheid gerelateerde zaken ook heel goed vragen spelen rond verdragsrechten die ofwel geen beperkingsclausule kennen, ofwel een beperkingsclausule bevatten waarin het belang van de nationale veiligheid niet als doelcriterium wordt genoemd. Veel van deze 'andere gevallen' waarin het belang van de nationale veiligheid een rol speelt, zijn reeds uitgebreid in kaart gebracht en geanalyseerd door Cameron in zijn studie uit 2000.²²² Ik streef er geenszins naar zijn opmerkingen hier grotendeels te herhalen. Aangezien de verdragsrechten die niet voorzien zijn van een beperkingsclausule deels ook als zogenaamde niet-opschortbare rechten worden aangemerkt (ook tijdens een noodtoestand is afwijking van die rechten niet toegestaan), zullen diverse zaken die op deze rechten én op nationale veiligheidskwesties betrekking hebben, in het volgende hoofdstuk nog nader worden uitgediept. Op deze plek beperk ik mij tot enkele centrale kwesties zoals besproken door Cameron en enkele aanvullingen op zijn conclusies naar aanleiding van recente jurisprudentie.

5.7.1 Nationale veiligheid en de reikwijdte van de verdragsrechten

Cameron²²³ wijst erop dat – vooral in enkele zaken rond nationale veiligheidskwesties in de relatief 'vroege' jurisprudentie van de Straatsburgse organen – het belang van de nationale veiligheid als beperkingsgrond voor de uitoefening van bepaalde grondrechten niet eens in beeld kwam, omdat Commissie en Hof geneigd waren om de reikwijdte van die rechten tamelijk

de PKK), maar ook omdat de Turkse overheid tekortgeschoten was in zijn positieve verplichting om bescherming te bieden aan de journalisten en verdere medewerkers van de betreffende krant toen zij door onbekenden belaagd werden met bomaanslagen en andere gewelddadigheden, die veelal dodelijke slachtoffers vergden.

222 Cameron 2000, p. 259-434. Hij wijst er overigens op dat het soms lastig te bepalen is of in een casus m.b.t. een verdragsartikel dat geen expliciete bepaling bevat over het belang van de nationale veiligheid desalniettemin een nationale veiligheidskwestie aan de orde is. De scheidslijn tussen 'gewone' criminaliteitsbestrijding en bescherming van de nationale veiligheid is dikwijls enigszins arbitrair (p. 259).

223 Cameron 2000, p. 436.

beperkt op te vatten (dit niettegenstaande de algemeen beleden intentie om de verdragsrechten juist ruim te interpreteren, om zo een toetsing van de beperkingsclausule mogelijk en zinvol te maken). Hij wijst in dit verband op de zaken *Kosiek/FRG* en *Glasenapp/FRG*.²²⁴ Beide zaken betroffen het ontslag tijdens de 'proeftijd' van een docent op een staatsschool (in het geval van *Kosiek* een technische hogeschool; in het geval van *Glasenapp* een gymnasium), vanwege geuite sympathieën voor politiek-extremistische bewegingen (in het geval van *Kosiek* de ultra-rechtse Nationaal Democratische Partij en in het geval van *Glasenapp* de Duitse Communistische Partij). De door beide klagers ingeroepen vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) werd door het EHRM echter niet in het geding geacht. Het Hof meende – anders dan de Commissie – dat beide zaken in wezen draaiden om de toegang tot de openbare dienst (beide klagers kregen geen vaste aanstelling als ambtenaar): een recht dat niet door het EVRM beschermd wordt.²²⁵ Toetsing aan de beperkingsclausule – en het daarin opgenomen doelcriterium 'bescherming van de nationale veiligheid' – bleef zo achterwege.

Cameron wijst ook op enkele ontvankelijkheidsbeslissingen van de ECieRM waarin, ondanks een hoeveelheid aanwijzingen dat klagers voorwerp waren geweest van een persoonsonderzoek door de geheime dienst, de Commissie de klacht over een inbreuk op de privacy te weinig gesubstantieerd²²⁶ achtte en daarom als 'manifestly ill-founded' niet-ontvankelijk verklaarde.²²⁷

Een tweetal wat merkwaardige uitspraken in verband met de reikwijdtebepaling van bepaalde rechten in zaken gerelateerd aan nationale-veiligheidskwesties zijn de ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in de zaak *Kaptan/Switzerland*²²⁸ en het EHRM-arrest in de zaak *Kalaç/Turkey*.²²⁹ De eerste zaak

224 EHRM 28 augustus 1986, *Series A* Vol. 105 (*Kosiek/FRG*) en EHRM 28 augustus 1986, *Series A* Vol. 104 (*Glasenapp/FRG*).

225 EHRM 28 augustus 1986, *Series A* Vol. 105 (*Kosiek/FRG*), § 33-34 en EHRM 28 augustus 1986, *Series A* Vol. 104 (*Glasenapp/FRG*), § 47-48. Volgens het EHRM wijst de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM en het Vierde en Zevende Protocol zeer nadrukkelijk uit dat de verdragspartijen niet de bedoeling hebben gehad om een recht op toegang tot de openbare dienst te beschermen.

226 De maatstaf die de ECieRM hanteert is dat de klager een 'reasonable likelihood' van een inbreuk op zijn privacy moet aantonen.

227 Zie o.m. ECieRM 6 juli 1988 (ontv.besl.), appl.no. 12015/86 (*Hilton/UK*), over een veiligheidsonderzoek naar een journaliste die had gesolliciteerd op een functie bij de BBC en in eerste instantie voor die functie geweigerd was vanwege vermeende banden met een organisatie die verdachte contacten zou onderhouden met China. Vgl. ook ECieRM 12 oktober 1992 (ontv.besl.), appl.nos. 18600/91, 18601/91 en 18602/91 (*T.D, D.E. and M.F./UK*) en ECieRM 27 november 1996 (ontv.besl.), appl.no. 28122/95 (*Hutcheon/UK*), al waren in die laatste zaak de aanwijzingen dat er daadwerkelijk sprake zou zijn van het verzamelen van persoonsgegevens van de klager door de Britse autoriteiten (de Royal Ulster Constabulary) wel erg weinig concreet. Cameron 2000, p. 192-195, noemt nog enkele andere vergelijkbare gevallen.

228 EHRM 12 april 2001 (ontv.besl.), appl.no. 55641/00 (*Kaptan/Switzerland*).

229 EHRM 1 juli 1997, *RJ&D* 1997-IV (*Kalaç/Turkey*).

betreft de inbeslagname en vernietiging door de Zwitserse autoriteiten van een grote partij (88 kilo) propagandamateriaal voor de Koerdische Arbeiders Beweging PKK. In (delen van) dit materiaal werd volgens de Zwitserse autoriteiten aangezet tot geweld tegen de Turkse staat en Turkse overheidsinstanties. Door verspreiding hiervan onder Koerdische emigranten in Zwitserland zouden de in Turkije bestaande spanningen als het ware worden geëxporteerd, waardoor de interne en externe veiligheid van Zwitserland in gevaar gebracht zouden kunnen worden. Het merkwaardige van de uitspraak is dat het Hof in zijn ontvankelijkheidsbeslissing enerzijds stelt dat ‘this kind of speech is not covered by Article 10 of the Convention [cursivering JPL]’, maar anderzijds de inbeslagname en vernietiging van het materiaal (zonder dat onderscheid gemaakt werd tussen documenten die wel en niet zouden aanzetten tot geweld) vervolgens wel toetst aan de beperkingsclausule van artikel 10. De conclusie is dan dat sprake is van een in een democratische samenleving noodzakelijke inbreuk op de vrijheid van meningsuiting ter bescherming van (onder meer) de nationale veiligheid.

Het arrest *Kalaç/Turkey* uit 1997 heeft betrekking op overheidsmaatregelen die raken aan de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst zoals beschermd door artikel 9 EVRM. Het eerste lid van artikel 9 bevat een garantie ten aanzien van het recht om een godsdienst te *hebben* die aan geen enkele beperking onderworpen is. Op grond van het tweede lid kan slechts de vrijheid om een godsdienst *te belijden* of overtuiging *tot uitdrukking te brengen* aan bepaalde beperkingen worden onderworpen. Bij de belangen ter bescherming waarvan beperkingen op de belijdenis- c.q. uitdrukkingsvrijheid zijn toegestaan wordt echter niet het belang van de nationale veiligheid genoemd. De *travaux préparatoires* bevatten geen duidelijke aanwijzingen over de reden voor het ontbreken van het doelcriterium nationale veiligheid in de beperkingsclausule bij artikel 9 EVRM.²³⁰ Overheidsoptreden dat een inbreuk oplevert op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst zal derhalve gebaseerd moeten kunnen worden op één of meer van de wel in het tweede lid genoemde beperkingsgronden (‘public safety’, ‘public order’, ‘health or morals’, of ‘protection of the rights and freedoms of others’). De zaak *Kalaç* betrof het onvrijwillig met vervroegd pensioen sturen van een militaire rechter vanwege zijn vermeende ‘onwettige fundamentalistische opvattingen’. De betreffende rechter onderhield namelijk contacten met een Islamitische sekte die fel tegenstander was van de seculiere Turkse staatsinrichting. Aan zijn verplichting om vervroegd uit te treden lagen derhalve redenen van nationale veiligheid ten grondslag. Het Hof stelt dat staten aan hun militair personeel gedragsregels mogen opleggen die bepaalde activiteiten verbieden, met name als het gaat om activiteiten of gedragingen die een weerslag vormen van een vijandige houding ten opzichte van de staatsordening ten behoeve waarvan het militair

230 *Travaux préparatoires*, Vol. III, p. 182-184 en 286. Op de beperkingsmogelijkheden m.b.t. de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst kom ik in het volgende hoofdstuk nog terug.

apparaat dient op te treden. Kalaç heeft zich volgens het Hof vrijwillig onderworpen aan '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'.²³¹ Het concludeert vervolgens dat Kalaç' verplichte vervroegde uittreding niet ingegeven was door zijn religieuze opvattingen of overtuigingen, maar door zijn gedrag en houding, zodat geen sprake is van een inmenging in de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM. De nationale-veiligheidscontext lijkt hier dus heel nadrukkelijk mede-bepalend te zijn voor de reikwijdte van het in het geding zijnde grondrecht,²³² wellicht juist vanwege het ontbreken van het doelcriterium 'national security' in de beperkingsclausule.²³³ Op een dergelijke benadering is kritiek mogelijk. Cameron merkt op dat in een geval als dat van Kalaç de verplichte vervroegde uittreding beter als een inbreuk op de godsdienstvrijheid had kunnen worden aangemerkt.²³⁴ Het feit dat in een land als Turkije infiltratie door aanhangers van fundamentalistisch-religieuze (met name Islamistische) groeperingen binnen het militair apparaat als een reëel risico kan worden beschouwd, had dan volgens hem een belangrijke rol kunnen spelen bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van die inbreuk. Ik schat echter in dat het EHRM bij een dergelijke benadering als probleem beschouwde dat de inbreuk dan noodzakelijkerwijs onder de beperkingsgrond 'public order' geschoven zou moeten worden (de enige beperkingsgrond in artikel 9, tweede lid, EVRM die enigszins in aanmerking zou komen).²³⁵ De hiervoor, in § 5.6.3, aangehaalde overweging uit het *Engel*-arrest (§ 98 van het arrest) waarin wordt aangegeven dat de term 'prevention of disorder' zoals die voorkomt in artikel 10, tweede lid, EVRM méér omvat dan het begrip 'public order/ordre public' uit artikel 9, tweede lid, lijkt namelijk te impliceren dat de betekenis van dit laatste begrip volgens het EHRM

231 EHRM 1 juli 1997, *RJ&D* 1997-IV (Kalaç/Turkey), § 28. Een redenering die wel heel dicht in de buurt komt van de eerder door het EHRM van de hand gewezen gedachte van 'inherent limitations'. Zie hierover nader § 4.7.2 *supra*, voetnoot 124.

232 In een eerdere ontvankelijkheidsbeslissing van de ECieRM werd het verwijderen van een student van een Turkse militaire academie vanwege zijn lidmaatschap van een religieuze sekte al evenzeer niet als een inbreuk op de godsdienstvrijheid van art. 9 EVRM aangemerkt; ECieRM 6 januari 1993, appl.no. 14524/89 (Yanasik/Turkey), *D&R* Vol. 74, p. 14.

233 Cameron 2000, p. 353: 'It is difficult to avoid the conclusion in Kalaç that the Court reasoned backwards from the absence of a national security clause in Article 9, i.e. because Kalaç was dismissed for national security grounds, and because no such ground could be found in Article 9(2), therefore the dismissal should not be seen as affecting his right to freedom of religion.'

234 Cameron 2000, p. 352.

235 In een andere zaak m.b.t. godsdienstig geïnspireerde gedragingen van militairen – en sancties die omwille van die gedragingen (het bedrijven van proselitisme) aan de militairen werden opgelegd – meende het EHRM dat wel sprake was van een inbreuk op de godsdienstvrijheid. In deze zaak lag echter een relevante beperkingsgrond in art. 9 lid 2 EVRM voor het grijpen, nl. de bescherming van de rechten van anderen. Zie EHRM 24 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Larissis and others/Greece), § 44.

beperkt moet worden tot de ordehandhaving in de publieke ruimte. In lijn met de opvatting zoals neergelegd in het *Engel*-arrest zou het Hof er in de zaak *Kalaç* er heel wel moeite mee kunnen hebben gehad om de inbreuk te beoordelen als dienstig aan de handhaving van de 'public order', omdat de betekenis van het begrip 'public order' dan te zeer zou worden opgerekt naar situaties gelegen buiten de ordehandhaving in de publieke ruimte en deze beperkingsgrond daarmee een onwenselijk *passe-partout*-karakter zou krijgen.²³⁶

5.7.2 Nationale veiligheid en verdragsrechten zonder beperkingsclausule

Het belang van de nationale veiligheid kan eveneens een rol spelen in zaken waarin geklaagd wordt over vermeende schending van verdragsrechten die helemaal geen beperkingsclausule kennen (zoals de artikelen 2, 3, 4, 5, 6, tweede en derde lid, en 7 EVRM). Enkele voorbeelden van aan nationale-veiligheidskwesties gerelateerde zaken die betrekking hadden op rechten zonder beperkingsclausule werden hierboven, in § 5.6.4, reeds kort aangestipt: de EHRM-arresten *McCann* (artikel 2 EVRM: recht op leven; over het doodschieten van IRA-terroristen op Gibraltar) en *Chahal* (artikel 3 EVRM: folterverbod; over het uitzetten van een vermeende terrorist naar India). Ik wijs hier nog op enkele andere voorbeelden en concentreer mij daarbij hoofdzakelijk op artikel 5, 6 en 7 EVRM.

Voorafgaand daaraan zij echter opgemerkt dat het EHRM, evenals het IAHRM en het VN-Mensenrechtencomité, een zorgplicht voor de staten heeft aangenomen ten aanzien van de bescherming van de burgers tegen geweld (bijvoorbeeld door terroristen), dit in verband met de bescherming van het recht op leven. Voor zover de bescherming van de nationale veiligheid mede de bescherming van de bevolking omvat, geeft dus ook het EHRM een mensenrechtelijke basis aan maatregelen ter bescherming van die nationale veiligheid.²³⁷

²³⁶ Vgl. hierover Alkema 1976, p. 127. In § 5.8.4 *infra* zal echter aan de orde komen dat het Hof in enkele latere arresten de beperkingsgrond 'public order' wel degelijk verder heeft opgerekt.

²³⁷ EHRM 28 maart 2000, *RJ&D 2000-III* (Kiliç/Turkey), § 62: 'The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual (...).' Zie ook EHRM 9 juni 1998, *RJ&D 1998-III* (L.C.B./UK), § 36; EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D 1998-VIII* (Osman/UK), § 115.

5.7.2.1 Nationale veiligheid, detentieomstandigheden en strafmaat

Aspecten van nationale veiligheid kunnen een factor zijn bij het aanwijzen van bepaalde strafbare feiten (zoals spionage), bij de detentieomstandigheden tijdens het vooronderzoek en bij de strafmaatbepaling voor personen die aan een dergelijk feit schuldig bevonden worden. Die detentieomstandigheden en strafmaatbepaling kunnen klachten opleveren met betrekking tot schending van het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM). Voor zover in de Straatsburgse jurisprudentie op dit vlak maatstaven zijn ontwikkeld, zijn die nog niet al te scherp.²³⁸ Het hof heeft in diverse zaken²³⁹ het verbod van onmenselijke of vernederende bestraffing, óók in geval van veroordelingen wegens terrorisme of misdrijven tegen de staatsveiligheid, benadrukt, maar van een dergelijke bestraffing is niet snel sprake. Misdrijven tegen de staatsveiligheid kennen doorgaans een hoge strafmaat. De veroordeling tot twintig jaar gevangenisstraf van een hoge Noorse ambtenaar wegens spionage deed de ECieRM echter opmerken:

‘The prospects of serving a 20 year sentence may very well cause severe problems for the applicant and his family without this necessarily coming within the ambit of Article 3 of the Convention. A right to be released on parole or to leaves of absence does not exist under the Convention, and should the applicant serve the total of his 20 year term this would not in itself raise an issue under Article 3 of the Convention unless the conditions as such would amount to inhuman or degrading treatment within the meaning of this provision.’²⁴⁰

In dezelfde zaak werd ook geklaagd over de detentieomstandigheden. De van spionage verdachte ambtenaar was tijdens zijn voorlopige hechtenis (in de periode voorafgaand aan zijn terechtzitting) ruim zestien maanden in isolatie, althans strikt gescheiden van alle andere gedetineerden, gehouden. Bovendien golden ook na de veroordeling zeer stringente restricties ten aanzien van

238 Met uitzondering van het reeds uit het Zesde Protocol bij het EVRM voortvloeiende verbod tot oplegging van de doodstraf, dat ook geldt t.a.v. personen die veroordeeld zijn voor het plegen van terroristische misdrijven of andere misdrijven tegen de staatsveiligheid. De absoluteheid van dit verbod wordt nog eens versterkt door het nog niet in werking getreden Dertiende Protocol bij het EVRM, waarin het verbod tot oplegging van de doodstraf ook wordt uitgebreid naar oorlogssituaties.

239 Zie o.m. EHRM 15 november 1996, *RJ&D 1996-V* (Chahal/UK), § 79 en EHRM 16 december 1999, *RJ&D 1999-IX* (V/UK), § 69: ‘Article 3 (art. 3) enshrines one of the most fundamental values of democratic society (...). The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct.’ Vgl. ook EHRM 6 april 2000, *RJ&D 2000-IV* (Labita/Italy), § 119; EHRM 18 december 1996, *RJ&D 1996-VI* (Aksoy/Turkey), § 62; EHRM 25 september 1997 *RJ&D 1997-VI* (Aydin/Turkey), § 81; EHRM 28 juli 1999, *RJ&D 1999-V* (Selmouni/France), § 95.

240 ECieRM 9 juli 1991 (ontv.besl.), appl.no. 14610/89 (Treholt/Norway), *D&R* Vol. 71, p. 191.

bezoek en correspondentie. Ook in dit verband liet de Commissie het nationale veiligheidsbelang echter zwaar meewegen:

'It is true that a number of restrictions were imposed on the applicant as regards his mail and contacts with other persons. However, the Commission recalls that the applicant's criminal case concerned espionage involving very sensitive matters, necessitating elaborate investigations. The decisions to isolate the applicant and the other restrictions to which he was subjected with regard to visits and mail were therefore justified by the nature of the charges against him. Bearing the aforementioned considerations in mind the Commission concludes that there were reasons to keep the applicant isolated. This cannot be considered as a complete sensory isolation as the applicant had contact with many persons, who were not only persons of authority, and he had other means of contact with the outside world. The solitary confinement was not, therefore, of such severity as to constitute inhuman or degrading treatment in violation of Article 3 (Art. 3) of the Convention.'²⁴¹

Ook in eerdere zaken over de detentieomstandigheden waaraan veroordeelde terroristen of verdachten van misdrijven tegen de staatsveiligheid onderworpen waren achtte de ECieRM artikel 3 EVRM niet geschonden.²⁴² In artikel XI, tweede lid, van de door het Comité van Ministers van de Raad van Europa opgestelde *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* (2001) wordt over de detentieomstandigheden van (vermeende) terroristen opgemerkt:

'The imperatives of the fight against terrorism may (...) require that a person deprived of his/her liberty for terrorist activities be submitted to more severe restrictions than those applied to other prisoners, in particular with regard to:

- i the regulations concerning communications and surveillance of correspondence, including that between counsel and his/her client;
- ii placing persons deprived of their liberty for terrorist activities in specially secured quarters;
- iii the separation of such persons within a prison or among different prisons, on condition that the measure taken is proportionate to the aim to be achieved.'²⁴³

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² ECieRM 8 juli 1978 (ontv.besl), appl.nos. 7572/76, 7586/76 en 7587/76 (Ensslin, Baader and Raspe/FRG), *D&R* Vol. 14, p. 64-80; ECieRM 16 december 1982 (ontv.besl.), appl.no. 8673/78 (Kröcher and Möller/Switzerland), *D&R* Vol. 34, p. 25-41. Zie voor een commentaar op deze jurisprudentie: Cameron 2000, p. 269 en Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 66-73.

²⁴³ Aan dit artikel liggen o.m. ten grondslag EHRM 5 juli 2001 (ontv.besl.), *RJ&D* 2001-VII (Erdem/Germany), § 65-69 (overwegingen m.b.t. inbreuken op vertrouwelijkheid communicatie tussen verdachte en advocaat; besproken in § 5.6.2 *supra*) en EHRM 2 maart 1998 (ontv.besl.), appl.no. 33830/96 (Venetucci/Italy), waarin het Hof opmerkt: 'It must be recalled that the Convention does not grant prisoners the right to choose the place of detention and that the separation from their family are inevitable consequences [sic] of their detention.'

5.7.2.2 Nationale veiligheid, redenen voor en rechterlijke controle op vrijheidsbeneming

Het EVRM bevat in artikel 5 belangrijke waarborgen tegen illegitieme en willekeurige vrijheidsbeneming. Met betrekking tot overheidsoptreden ter bescherming van de staatsveiligheid is vooral artikel 5, eerste lid, onder c, van belang. Hierin wordt geëist dat de arrestatie of detentie van een persoon geschiedt 'for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so'. In het *Brogan*-arrest gaf het EHRM al aan dat dit onderdeel van artikel 5 niet vergt dat arrestatie in alle gevallen wordt gevolgd door voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit:

'The fact that the applicants were neither charged nor brought before a court does not necessarily mean that the purpose of their detention was not in accordance with Article 5 para. 1(c). As the Government and the Commission have stated, the existence of such a purpose must be considered independently of its achievement and sub-paragraph (c) of Article 5 para. 1 does not presuppose that the police should have obtained sufficient evidence to bring charges, either at the point of arrest or while the applicants were in custody.'²⁴⁴

Met betrekking tot de arrestatie op zich heeft het EHRM in zijn jurisprudentie enerzijds benadrukt dat hieraan altijd een 'redelijke verdenking' ten grondslag dient te liggen. Zo'n redelijke verdenking veronderstelt de aanwezigheid van feiten of informatie 'which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence'.²⁴⁵ Of sprake is van een redelijke verdenking is altijd afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Anderzijds heeft het Hof hier aan toegevoegd dat terroristische misdrijven op dit punt een specifieke positie innemen, die niet altijd met dezelfde maatstaven beoordeeld kunnen worden als meer conventionele misdrijven.²⁴⁶ Deze specifieke positie maakt dat het is toegestaan de arrestatie te baseren op geheime informatie (bijvoorbeeld van veiligheidsdiensten) die niet aan de verdachte wordt bekendgemaakt:

'The "reasonableness" of the suspicion on which an arrest must be based forms an essential part of the safeguard against arbitrary arrest and detention which is laid down in Article 5 para. 1(c). (...) In this respect, terrorist crime falls into a special category. Because of the attendant risk of loss of life and human suffering, the police are obliged to act with utmost urgency in following up all information, including information from secret sources. Further, the police may frequently have to arrest a suspected terrorist on the basis of information which is reliable but which

244 EHRM 28 oktober 1988, *Series A* vol. 145-B (*Brogan and others/UK*), § 53.

245 EHRM 30 augustus 1990, *Series A* vol. 182 (*Fox, Campbell and Hartley/UK*), § 32.

246 *Ibidem*.

cannot, without putting in jeopardy the source of the information, be revealed to the suspect or produced in court to support a charge. (...)

Certainly Article 5 para. 1(c) of the Convention should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities of the Contracting States in taking effective measures to counter organised terrorism (...). It follows that the Contracting States cannot be asked to establish the reasonableness of the suspicion grounding the arrest of a suspected terrorist by disclosing the confidential sources of supporting information or even facts which would be susceptible of indicating such sources or their identity.²⁴⁷

De specifieke positie van terrorisme en andere misdrijven tegen de staatsveiligheid maakt verder dat 'het niveau van verdenking' dat aanleiding geeft tot de arrestatie en daaropvolgende detentie kan verschillen in vergelijking met 'gewone' criminaliteit:

'The object of questioning during detention under sub-paragraph (c) of Article 5(1) is to further the criminal investigation by way of confirming or dispelling the concrete suspicion grounding the arrest. Thus, facts which raise a suspicion need not be of the same level as those necessary to justify a conviction or even the bringing of a charge, which comes at the next stage of the process of criminal investigation.'²⁴⁸

De ruimte die op dit punt aan de staten wordt geboden in het kader van de bestrijding van terrorisme en bescherming van de staatsveiligheid gaat echter niet zo ver dat de notie van 'redelijke verdenking' zodanig wordt opgerekt dat van de essentie van de waarborg van artikel 5, eerste lid, onder c, EVRM geheel niets overblijft²⁴⁹ en dat de redelijkheid van de verdenking ten overstaan van het EHRM met geen enkele vorm van bewijs gestaafd hoeft te worden:

'[T]he Court must be enabled to ascertain whether the essence of the safeguard afforded by Article 5 para. 1(c) has been secured. Consequently the respondent Government have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence.'²⁵⁰

247 *Idem*, § 32 en 34.

248 EHRM 28 oktober 1994, *Series A* vol. 300-A (Murray and others/UK), § 55.

249 EHRM 30 augustus 1990, *Series A* vol. 182 (Fox, Campbell and Hartley/UK), § 32.

250 *Idem*, § 34. In dit arrest stonden de bijzondere omstandigheden in Noord-Ierland ter discussie. De klagers stelden dat hun arrestatie o.g.v. de speciale anti-terroriswetgeving niet gebaseerd was op een redelijke verdenking. Section 11(1) van de Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1978 stelde nl. dat 'any constable may arrest without warrant any person whom he suspects of being a terrorist'. Naar het oordeel van het Britse House of Lords vergde deze bepaling een 'subjective test of honest belief, rather than an objective requirement of reasonable suspicion' (Robertson & Merrills 1993, p. 65) Het Hof oordeelde uiteindelijk, in navolging van de ECieRM, dat de Britse regering de redelijkheid van de verdenking onvoldoende kon beargumenteren. Volgens het Hof had aan de arrestatie slechts

Er is weinig jurisprudentie over de kwaliteit van het bewijs dat in zo'n geval overlegd moet worden. Wel heeft het EHRM in een arrest uit 1980 aangegeven dat artikel 5 EVRM in de weg staat aan de arrestatie van een persoon op verdenking van het voorbereiden van (ernstige) strafbare feiten, indien die verdenking enkel en alleen bestaat uit het feit dat deze persoon deel uitmaakt van of zich beweegt temidden van een groep individuen die als gevaarlijk wordt aangemerkt of waarvan wordt aangenomen dat deze bezig zou kunnen zijn met de voorbereiding van criminele activiteiten.²⁵¹

Ook de controle door de nationale rechterlijke instanties op de redelijkheid van de verdenking mag niet volstrekt illusoir zijn:

'The Court would firstly reiterate its recognition that the use of confidential information is essential in combating terrorist violence and the threat that organised terrorism poses to the lives of citizens and to democratic society as a whole (see also the *Klass and Others v. Germany* judgment of 6 September 1978, *Series A* no. 28, p. 23, para. 48). This does not mean, however, that the investigating authorities have carte blanche under Article 5 to arrest suspects for questioning, free from

het feit ten grondslag gelegen dat betrokkenen zeven jaar eerder al eens veroordeeld waren voor terroristische misdrijven en het achtte dit onvoldoende voor een redelijke verdenking. Overigens waren drie rechters uit het Hof (Evans, Bernhardt en Palm) het niet eens met dit onderdeel van het arrest. In hun *dissenting opinion* geven zij, kort samengevat, aan dat in zaken als deze de nationale autoriteiten het voordeel van de twijfel zouden moeten krijgen. Het heeft volgens hen iets kunstmatigs om een scherp onderscheid aan te brengen tussen 'honest belief' en 'reasonable suspicion'. In EHRM 16 oktober 2001, *RJ&D 2001-X* (O'Hara/UK), § 35, wordt de hierboven aangehaalde overweging herhaald. Zie hierover de annotatie van Myjer in *NJCM-Bulletin* 2002, p. 299 en van Van der Velde bij *EHRC* 2001/85. Onder verwijzing naar dit arrest heeft ook de Nederlandse rechter geoordeeld dat informatie afkomstig van de AIVD door het Openbaar ministerie kan worden gebruikt als aanleiding tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek en als grond voor de verdenking welke nodig is om iemand aan te houden of een ander dwangmiddel toe te passen. Zie Gerechtshof Den Haag 21 juni 2004, *NJ* 2004, 432. Een vervolgvraag is of dergelijke informatie ook als bewijs in een strafproces gebruikt kan worden. Zie daarover Alink 2004, p. 158-179. Straatsburgse jurisprudentie die voor deze vraag relevant is, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

- 251 EHRM 6 november 1980, *Series A* vol. 39 (Guzzardi/Italy), § 102. In deze zaak ging het om iemand die zich maffiakringen bewoog. In de strijd tegen terrorisme wordt echter door vele staten gewerkt met het opstellen van officiële lijsten van 'terroristische organisaties', waarbij lidmaatschap van of samenwerking met deze organisaties zonder meer als een strafbaar feit wordt aangemerkt. Over deze techniek van strafbaarstelling heeft Speciaal VN-rapporteur inzake terrorisme en mensenrechten, Mw. Kalliopi K. Koufa, opgemerkt: 'Some of [the legislation] includes provisions in which groups are put on an official terrorist list, frequently with no analysis of the particulars of the situation or the nature of the group. Those groups and others espousing similar views but uninvolved with the groups concerned may face severe consequences. (...) [J]udicial proceedings to challenge this false labeling or to defend a person charged with an offence under such anti-terrorism legislation may leave room for serious negation of a wide range of procedural rights' (VN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/31, § 72).

effective control by the domestic courts or by the Convention supervisory institutions, whenever they choose to assert that terrorism is involved.²⁵²

Met betrekking tot de controle op de rechtmatigheid van arrestatie en detentie (en dus ook de redelijkheid van daaraan ten grondslag liggende verdenking) door nationale instanties bevat artikel 5, derde lid, EVRM een belangrijke aanvullende norm, namelijk dat degene die in overeenstemming met artikel 5, eerste lid, onder c, zijn vrijheid is benomen onverwijld ('promptly'/'aussitôt') voor een rechter of andere magistraat met rechterlijke bevoegdheden moet worden geleid teneinde deze de rechtmatigheid van de detentie te laten beoordelen (het zogenaamde recht van *habeas corpus*).²⁵³ De eis van onverwijldde voorgeleiding brengt met zich dat ook gedurende weekends en feestdagen rechters voor dit doel beschikbaar dienen te zijn, maar vergt niet dat 24 uur per dag rechters paraat staan. Veel Europese landen kennen wetgeving waarin de periode binnen welke deze voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit dient te geschieden precies wordt aangegeven; perioden van 24 of 48 uur zijn daarbij gebruikelijk.²⁵⁴ De ECieRM en het EHRM hebben in hun jurisprudentie nooit een exacte tijdslimiet met betrekking tot de onverwijldde voorgeleiding van artikel 5, derde lid, neergelegd. De maximaal toegelaten duur van voorarrest is afhankelijk van de aard van de misdrijven waarvan de gearresteerde verdacht wordt en ook daarbij nemen terroristische misdrijven weer een bijzondere positie in die langer voorarrest dan normaliter gebruikelijk toelaatbaar maakt, zo bleek uit het *Brogan*-arrest:

'The investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems (...). The Court takes full judicial notice of the factors adverted to by the Government in this connection. (...). The Court accepts that, subject to the existence of adequate safeguards, the context of terrorism in Northern Ireland has the effect of prolonging the period during which the authorities may, without violating Article 5 para. 3, keep a person suspected of serious terrorist offences in custody before bringing him before a judge or other judicial officer.'²⁵⁵

252 EHRM 28 oktober 1994, *Series A* vol. 300-A (Murray and others/UK), § 58. In deze zaak slaagde de Britse regering er overigens wel in om – zonder bekendmaking van de geheime bron die, in ieder geval ten dele, de grondslag vormde voor de verdenking – het Hof te overtuigen dat er een 'plausible and objective basis' was voor de verdenking dat Murray het strafbare feit van fondsenwerving voor de IRA zou hebben gepleegd.

253 Artikel 5 lid 3 EVRM luidt: 'Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article (art. 5-1-c) shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.'

254 Gomien, Harris & Zwaak 1996, p. 145-146.

255 EHRM 28 oktober 1988, *Series A* vol. 145-B (Brogan and others/UK), § 61.

Het Hof voegde hier echter meteen aan toe dat verlengde perioden van voorarrest niet mogen betekenen dat rechtmatigheidscontrole van de vrijheidsbeneming in het geheel niet plaatsvindt of onredelijk lang op zich laat wachten:

‘The difficulties, alluded to by the Government, of judicial control over decisions to arrest and detain suspected terrorists may affect the manner of implementation of Article 5 para. 3, for example in calling for appropriate procedural precautions in view of the nature of the suspected offences. However, they cannot justify, under Article 5 para. 3, dispensing altogether with “prompt” judicial control. (...) The undoubted fact that the arrest and detention of the applicants were inspired by the legitimate aim of protecting the community as a whole from terrorism is not on its own sufficient to ensure compliance with the specific requirements of Article 5 para. 3.’²⁵⁶

En uiteindelijk achtte het Hof, ondanks de achtergrond van het IRA-terrorisme die speelde in de zaak *Brogan*, een detentieperiode van vier dagen en zes uur voordat voorgeleiding aan een rechterlijke instantie plaatsvond in strijd met artikel 5, derde lid, EVRM:

‘[T]he scope for flexibility in interpreting and applying the notion of “promptness” is very limited. In the Court’s view, even the shortest of the four periods of detention, namely the four days and six hours spent in police custody by Mr McFadden (...), falls outside the strict constraints as to time permitted by the first part of Article 5 para. 3. To attach such importance to the special features of this case as to justify so lengthy a period of detention without appearance before a judge or other judicial officer would be an unacceptably wide interpretation of the plain meaning of the word “promptly”. An interpretation to this effect would import into Article 5 para. 3 a serious weakening of a procedural guarantee to the detriment of the individual and would entail consequences impairing the very essence of the right protected by this provision.’²⁵⁷

De benadering zoals neergelegd in het *Brogan*-arrest is door het EHRM ook in latere arresten met betrekking tot (administratieve) detentie in situaties van verdenking van terrorisme of andere misdrijven tegen de staatsveiligheid consequent aangehouden: dit soort situaties kunnen aanleiding zijn tot verruiming van de termijnen voor voorarrest, maar detentie van vier dagen en zes uur of meer voorafgaand aan voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit komt in strijd met artikel 5, derde lid, EVRM.²⁵⁸

²⁵⁶ *Idem*, § 61-62.

²⁵⁷ *Idem*, § 61. De ECieRM had in haar rapport in deze zaak nog opgemerkt dat in ‘gewone gevallen’ een termijn van vier dagen aanvaardbaar was en dat die in ‘bijzondere gevallen’, zoals i.v.m. terrorisme opgerekt zou kunnen worden tot vijf dagen (zie § 57 van het arrest).

²⁵⁸ Zie o.m. EHRM 26 mei 1993, *Series A* vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK), § 58; EHRM 12 december 1996, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 66; EHRM 26 november 1997, *RJ&D* 1997-VII (Sakik and others/Turkey), § 44; EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-VI (Demir

Opgemerkt moet worden dat het EHRM met het *Brogan*-arrest koos voor een scherpere benadering dan de ECieRM in vergelijkbare zaken. Reeds in de zaak *McVeigh and others/UK*²⁵⁹ uit 1981 bleek de ECieRM bereid om de procedure ten aanzien van detentie onder de op dat moment voor Noord-Ierland geldende *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* te accepteren. Op grond van deze wet was het mogelijk om personen verdacht van terrorisme voor twee dagen vast te houden en vervolgens aan de Minister voor Noord-Ierse zaken te verzoeken om verlenging van de detentie voor maximaal vijf dagen. In het licht van de terroristische acties in Noord-Ierland en de noodzaak voor de Britse regering om daartegen op te treden achtte een ruime meerderheid van de Commissie deze procedure niet in strijd met artikel 5 EVRM:

[T]his legislation admittedly involves temporary and abnormal restrictions within the field of Convention rights. There is no question but that the right to personal liberty as normally applied within the United Kingdom has been to some extent circumscribed by the legislation, and by the powers of arrest and detention applied to the present applicants in particular.²⁶⁰

De ECieRM leek hiermee aan te geven dat onder buitengewone omstandigheden, zoals de dreiging van terroristische acties, een grotere flexibiliteit betracht kan worden bij de toetsing aan bepaalde EVRM-normen. De zaak *McVeigh and others/UK* werd niet aan het EHRM voorgelegd.

Ook in de *Brogan*-zaak oordeelde de ECieRM met een meerderheid van tien tegen twee dat het 'promptness-vereiste' van artikel 5, derde lid, EVRM, aangepast moest worden aan de omstandigheden van elk specifiek geval. Waar de normale maatstaven met betrekking tot voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit bij 'gewone' criminaliteit voorzagen in voorgeleiding binnen vier dagen, meende zij dat verlengde administratieve detentie *in casu* noodzakelijk geacht kon worden om verdachten van terrorisme te ondervragen en voldoende bewijs te vergaren ten behoeve van de voorgeleiding op een wat later tijdstip.²⁶¹ Vanuit dat perspectief achtte zij een periode van detentie voor voorgeleiding van vier dagen en zes uur nog wel gerechtvaardigd, de langere

and others/Turkey), § 41; EHRM 11 juli 2000, *RJ&D* 2000-VIII (Dikme/Turkey), § 64; EHRM 17 juni 2003, appl.no. 41478/98 (Nuray Şen/Turkey), § 23-24.

259 ECieRM 18 maart 1981 (rapport), appl.no. 8022/77, 8025/77, 8027/77 (*McVeigh and others/UK*), *D&R* vol. 25, p. 15-56.

260 *Idem*, p. 33. Enkele dissenters binnen de ECieRM karakteriseerden de procedures t.a.v. detentie o.g.v. de *Prevention of Terrorism Act* daarentegen als een 'fishing expedition' die geenszins geaccepteerd zou moeten worden.

261 De minderheid binnen het EHRM was overigens dezelfde mening toegedaan (de stemverhouding binnen het Hof was twaalf tegen zeven). Zie de uitvoerige *dissenting opinion* van de Nederlandse rechter Martens, waarin hij bepleit dat de overheid over buitengewone instrumenten moet kunnen beschikken om terrorisme te bestrijden en de internationale rechter daarbij een terughoudende opstelling past. Een *dissenting opinion* die overigens stevig bekritiseerd werd door o.m. Van Hoof 1989, p. 451-463.

detentie van ruim zes dagen waarover in de *Brogan*-zaak ook werd geklaagd echter niet meer.²⁶²

Crysler vat de verschillen in benadering tussen ECieRM en EHRM, en de voor- en nadelen daarvan, goed samen:

'[T]he Commission and the Court definitely preferred the flexible approach to the interpretation of the Convention rather than the use of article 15. Having all of the Convention's provisions in place during an emergency was better than suspending certain rights, even in the face of terrorism. The Commission's method would have added another layer of complexity and uncertainty to the interpretation of the Convention norms. The Court rejected this approach in favour of the solidity of Convention norms. The judges were wary of creating special situations and changing norms to suit certain states. Member states must adapt to the European rules, not vice versa. The wisdom of the Court's approach is apparent. It has the benefit of keeping the norms intact, while allowing some differentiation depending on the situation.'²⁶³

De 'normatieve duidelijkheid' waarvoor het EHRM koos, onder de erkenning dat de terroristische dreiging in Noord-Ierland een bijzondere omstandigheid opleverde, was echter tegelijkertijd als het ware een 'uitnodiging' aan het Verenigd Koninkrijk om een beroep te doen op de opschortingsmogelijkheid van artikel 15 EVRM en zo af te wijken van de verdragsverplichtingen onder artikel 5, derde lid;²⁶⁴ hetgeen kort na het *Brogan*-arrest ook zou geschieden. Men kan zich derhalve afvragen of de gewenste normatieve duidelijkheid uiteindelijk wel bereikt wordt. Het risico dat opdoemt is dat door middel van een formele mededeling al te makkelijk alsnog 'overgeschakeld' kan worden op een rechtsregime dat toch de gewenste ruimte voor verlengd voorarrest biedt.²⁶⁵

5.7.2.3 Nationale veiligheid en het recht op een eerlijk proces

De bepalingen in de mensenrechtenverdragen met betrekking tot het recht op een eerlijk proces (met name artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR) bevatten weliswaar een verwijzing naar het belang van de nationale veiligheid, maar die heeft alleen betrekking op de openbaarheid van de terechtzitting en de mogelijkheid om pers en publiek uit de rechtszaal te weren vanwege het belang van de nationale veiligheid.²⁶⁶ Op andere onderdelen van het recht op een eerlijk proces, zoals de toegang tot de rechter, de eis van onafhankelijkheid

262 ECieRM 14 mei 1987 (rapport), appl.no. 1209/84, 11234/84, 11266/84 en 11386/85 (*Brogan and others/UK*).

263 Chrysler 1996, p. 102. Zie ook Tanca 1990, p. 272-276.

264 Chrysler 1996, p. 102.

265 Hierop wordt in hoofdstuk 6 nader ingegaan.

266 Zie art. 6 lid 1 EVRM en art. 14 lid 1 IVBPR.

en onpartijdigheid van de rechterlijke macht, het recht op berechting binnen een redelijke termijn, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht voor verdachten en de diverse rechten van de verdediging in strafzaken, worden geen uitzonderingen met het oog op de nationale veiligheid geformuleerd, desalniettemin kan het nationale-veiligheidsbelang op deze terreinen een grote rol spelen.²⁶⁷ Ik licht er daarvan enkele uit, namelijk (a) de toegang tot de rechter en de daaraan verbonden toetsingsmogelijkheden die de rechter moet hebben, (b) de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht, (c) de toelaatbaarheid van het gebruik van anonieme getuigen en ander bewijsmateriaal dat niet aan de verdachte wordt overlegd (waarbij gedacht kan worden aan informatie van veiligheidsdiensten) en (d) de onschuldpresumptie in samenhang met het zwijgrecht. Ik beperk mij echter tot een beknopt overzicht dat dient als illustratie en niet bedoeld is als uitputtende behandeling van deze onderwerpen.²⁶⁸

Toegang tot de rechter en rechterlijke toetsingsmogelijkheden

Met betrekking tot het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op toegang tot de rechter en de daaruit voortvloeiende rechterlijke toetsingsmogelijkheden ten aanzien van kwesties die te maken hebben met de nationale veiligheid heeft het EHRM enkele belangrijke voorwaarden geformuleerd in de arresten *Chahal/UK* uit 1996 en *Al-Nashif/Bulgaria* uit 2002 (besproken in § 5.6.4.3 *supra*). Beide zaken betroffen de uitzetting van een vreemdeling om redenen van nationale veiligheid en ten aanzien van de toetsing door een onafhankelijke instantie van die redenen formuleerde het Hof als hoofdlijn:

‘The individual must be able to challenge the executive’s assertion that national security is at stake. While the executive’s assessment of what poses a threat to national security will naturally be of significant weight, the independent authority must be able to react in cases where invoking that concept has no reasonable basis in the facts or reveals an interpretation of “national security” that is unlawful or contrary to common sense and arbitrary.’²⁶⁹

De rechterlijke toetsing van de redenen van nationale veiligheid die ten grondslag kunnen liggen aan een bepaalde overheidsbeslissing kwam ook aan de

²⁶⁷ Cameron 2000, p. 287-331. M.b.t. de eis van berechting binnen een redelijke termijn merkt hij o.m. op dat ‘amassing evidence of, e.g. terrorism involving acts abroad or espionage which has taken place over a long period of time, can involve substantial enquiries, nationally and internationally. If the accused is in custody during this period [the pre-trial stage – JPL], he or she might spend years in prison. As regards the trial stage, security prosecutions, and civil proceedings concerning security matters, can occasionally be very complex, and involve special features which will contribute to delays, inter alia challenges to procedural decisions to disclose, or not to disclose, sensitive material’.

²⁶⁸ Zie voor dat laatste Cameron 2000, p. 287-331.

²⁶⁹ EHRM 20 juni 2002, appl.no. 50963/99 (*Al-Nashif/Bulgaria*), § 124.

orde in het arrest *Tinnelly & Sons/UK* uit 1998.²⁷⁰ De overheidsbeslissing in kwestie lag in deze zaak echter geheel buiten het terrein van het vreemdelingenrecht. Het ging om de aanbesteding van de sloop van een energiecentrale in Ballylumford (Noord-Ierland). Ondanks de laagste inschrijving en de grote expertise van het sloopbedrijf Tinnelly & Sons werd dit werk gegund aan een ander bedrijf. Aangezien Tinnelly & Sons vermoedde dat aan deze beslissing discriminatoire overwegingen ten grondslag lagen, vocht het bedrijf de beslissing aan bij de Fair Employment Commission (een instantie die toezicht houdt op gelijke kansen in de arbeidssector voor de diverse bevolkingsgroepen in Noord-Ierland en met name discriminatie op grond van godsdienstige of politieke overtuiging moet uitbannen). Tijdens deze procedure werd duidelijk dat de beslissing om het werk aan een ander bedrijf te gunnen moest worden aangemerkt als een 'act done for the purpose of safeguarding national security or of protecting public safety or public order'.²⁷¹ In diverse rechterlijke procedures die daarop volgden werden de documenten waaruit het risico voor de nationale veiligheid van Tinnelly & Sons zou moeten blijken echter niet openbaar door de verantwoordelijke minister. Deze documenten werden geheim gehouden op grond van een 'public interest immunity'-certificaat van de Minister voor Noord-Ierse Zaken. De rechterlijke instanties hadden daardoor geen mogelijkheid om kennis te nemen van de exacte inhoud daarvan en konden zichzelf dus geen oordeel vormen over de gegrondheid van de redenen van nationale veiligheid die de basis vormden voor de voor Tinnelly & Sons negatieve beslissing.

Vanuit het perspectief van het recht op toegang tot de rechter herhaalt het EHRM in zijn arrest in deze zaak allereerst dat dit recht niet absoluut is; beperkingen hierop moeten echter een legitiem doel dienen en in een redelijke verhouding staan tot dat doel.²⁷² Het Hof is zeer omzichtig en geeft niet expliciet aan dat in zijn visie de bescherming van de nationale veiligheid zo'n legitiem doel kan zijn; het stelt slechts dat de partijen dit niet betwisten:

'The Court is naturally mindful of the security considerations at stake in the instant case and of the need for the authorities to display the utmost vigilance in the award of contracts for work involving access to vital power supplies or public buildings situated in town centres in Northern Ireland.

Indeed, the applicants have not disputed the justification for the system of security vetting of potential contractors and the collection of data for that purpose having regard to the security situation in the province; nor do they contest that the protection of national security is a legitimate aim which may entail limitations on the

270 EHRM 10 juli 1998, *RJ&D 1998-IV* (Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others/UK).

271 *Idem*, § 18 en 45.

272 *Idem*, § 72.

right of access to a court, including for the purposes of ensuring the confidentiality of security-vetting data.²⁷³

Vervolgens beziet het Hof wel of er ‘a reasonable relationship of proportionality’ bestond tussen de door de regering ingeroepen belangen van nationale veiligheid en de gevolgen hiervan voor het recht op toegang tot de rechter van de klagers. Het Hof stelt in dat verband dat het ‘public interest immunity’-certificaat er in deze zaak aan in de weg stond dat in de nationale (rechterlijke) procedures de ‘merits’ van het beroep van de klagers – dat, het zij hier herhaald, te maken had met discriminatie op grond van godsdienstige overtuiging – konden worden beoordeeld. Dit vindt het Hof onacceptabel:

‘The Court would observe that such a complaint can properly be submitted for an independent judicial determination even if national security considerations are present and constitute a highly material aspect of the case. The right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive (...).

It is to be stressed in this respect that the requirements of an “effective remedy” for the purposes of Article 13 of the Convention are less strict than those of Article 6 § 1 (see, *mutatis mutandis*, the Leander v. Sweden judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, pp. 31–32, §§ 83–84; ...). For this reason, the Government’s assertion that the access enjoyed by the applicants was as effective as could be in the circumstances cannot be sustained (...). Furthermore, the mechanisms which they rely on to illustrate that procedures exist for securing the control and accountability of the intelligence agencies involved in the making of negative-vetting decisions such as those taken against Tinnelly (...) would not have resulted in any independent judicial scrutiny of the facts grounding those decisions. Such mechanisms cannot be considered therefore to compensate for the severity of the limitations which the section 42 [public interest immunity – JPL] certificates imposed on the applicants’ right of access to a court and cannot be weighed in the balance when assessing the proportionality of those limitations for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention.

(...) The Court notes that in other contexts it has been found possible to modify judicial procedures in such a way as to safeguard national security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial degree of procedural justice (...). It is not persuaded by the Government’s claim that the adjustment of procedures under the fair employment legislation or the introduction of other special judicial procedures to accommodate both of these interests need in any way undermine the independence of the judiciary in Northern Ireland or impair public confidence in the administration of justice in the province (...). The introduction of a procedure, regardless of the framework used, which would allow an adjudicator or tribunal fully satisfying the Article 6 § 1 requirements of independence and impartiality to examine in complete cognis-

273 *Idem*, § 76.

ance of all relevant evidence, documentary or other, the merits of the submissions of both sides, may indeed serve to enhance public confidence.'

De conclusie kan zijn dat ook buiten het terrein van de uitzetting van vreemdelingen, waar het gaat om het recht op een 'effective remedy' (artikel 13 EVRM) tegen beslissingen die mogelijk een inbreuk opleveren op artikel 3 of artikel 8 EVRM, door het EHRM tamelijk strenge eisen gesteld worden aan de toetsingsmogelijkheden die een rechterlijke instantie moet hebben ten aanzien van de gegrondheid van door de autoriteiten aangevoerde argumenten van nationale veiligheid en de toegang voor de rechter tot documenten die die argumenten zouden kunnen staven. Daarbij telt mee dat deze eisen niet gebaseerd worden op artikel 13, maar op artikel 6 eerste lid, EVRM.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht

Coliver merkt op dat 'no cases place greater pressure on judicial independence than those that raise claims of national or state security'.²⁷⁴ *Johannesburg Principle 22* vormt een samenvatting van – en in sommige onderdelen een aanvulling op – de door diverse internationale toezichthoudende organen ontwikkelde normen met betrekking tot rechterlijke onafhankelijkheid in zaken die raken aan de nationale veiligheid. In *Principle 22* worden drie aspecten benadrukt. In de eerste plaats de onaantastbaarheid van de rechtspositie van de leden van een gerecht. Het EHRM heeft hierover opgemerkt dat '[s]ecurity against the removal of members of the tribunal by the executive during their term of office is a necessary corollary of their independence'.²⁷⁵ Dit betekent geenszins dat de aanstellingsduur van een bepaalde rechter niet aan een bepaalde termijn kan worden gebonden, maar gedurende die zittingstermijn moet de betreffende magistraat gevrijwaard zijn van inmenging in zijn rechtspositie door de uitvoerende macht. Indien de berechting van verdachten van misdrijven tegen de staatsveiligheid in handen ligt van rechters 'without security of tenure' beschouwt *Johannesburg Principle 22* dit als een 'prima facie' schending van het recht op berechting door een onafhankelijk tribunaal. In de tweede plaats stelt *Principle 22* dat burgers die verdacht worden van misdrijven tegen de staatsveiligheid niet berecht mogen worden door militaire recht-

²⁷⁴ Coliver 1998, p. 74.

²⁷⁵ EHRM 28 juni 1984, *Series A* Vol. 80 (Campbell and Fell/UK), § 80; ECieRM 12 oktober 1978 (rapport), appl.no. 7360/76 (Zand/Austria), *D&R* Vol. 15, p. 70. Deze zekerheid m.b.t. de rechtspositie hoeft niet per se in de wet te zijn verzekerd, mits deze in de praktijk maar erkend en gerespecteerd wordt en vergezeld gaat van andere waarborgen tegen druk van buitenaf op de besluitvorming door een gerecht (zie arrest Campbell and Fell/UK, § 78).

banken.²⁷⁶ Ten derde mag een burger of militair nimmer berecht worden door een speciaal opgericht (*ad hoc*) gerecht.²⁷⁷

De aanwezigheid van militairen als lid van rechtsprekende instanties in zaken met betrekking tot misdrijven tegen de staatsveiligheid is in de Straatsburgse jurisprudentie diverse malen aan de orde geweest, de laatste jaren met name in verband met de rechtspraak van de Turkse 'staatsveiligheidsrechtbanken'. Reeds in de fameuze *Griekenland-zaak* oordeelde de ECieRM dat het feit dat de oordelen van Griekse krijgsraden onderworpen waren aan 'supervisie' door de Griekse Minister van Defensie een schending van artikel 6 EVRM opleverde.²⁷⁸ In het EHRM-arrest *Findlay/UK* werden nadere eisen geformuleerd ten aanzien van de rol van militaire officieren of militaire rechters in procedures voor de krijgsraad, in straf- of tuchtzaken tegen militairen: voor de

276 Dit onderdeel van Johannesburg Principle 22 is in lijn met de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité, zie *Annual Report of the Human Rights Committee*, VN Doc. A/48/40, part 1 (7 oktober 1993).

277 Dit onderwerp kwam aan de orde in de ontvankelijkheidsbeslissing van de ECieRM in de zaak *Eccles, McPhillips and McShane/Ireland* uit 1988. Deze zaak betrof toepassing van hoofdstuk 5 van de Ierse Offences Against the State Act 1939. Op grond van dit hoofdstuk konden bij regeringsbesluit speciale straffhoven worden opgericht om zaken te behandelen tegen van terrorisme verdachte personen, indien de regering van mening was dat de gewone gerechten hiertoe niet goed in staat waren. De Ierse regering had van deze optie gebruik gemaakt sinds 1972, vanwege het terroristisch geweld in Noord-Ierland en de effecten daarvan in de Ierse Republiek. De wet maakte het mogelijk om in die speciale straffhoven zittende of voormalige rechters te benoemen, maar ook advocaten (barristers) en hogere militaire officieren. In de praktijk werden sinds 1972 alleen zittende of voormalige rechters in de speciale straffhoven benoemd. De klacht had in het bijzonder betrekking op het feit dat de rechters die benoemd werden in de speciale straffhoven door de uitvoerende macht ontslagen konden worden of worden beperkt in hun salaris. De ECieRM hield in haar beslissing rekening met het feit dat het Ierse Hooggerechtshof in zijn jurisprudentie had aangegeven dat beïnvloeding van aanhangige zaken bij de speciale straffhoven door de regering in strijd zou komen met de Ierse Grondwet. Ook waren er geen aanwijzingen dat de Ierse regering d.m.v. de salaristvaststelling daadwerkelijk de uitkomst van bepaalde zaken bij de speciale straffhoven had getracht te beïnvloeden. Bovendien hechtte de Commissie betekenis aan het feit dat de speciale straffhoven dezelfde bewijsregels hanteerden als in de 'gewone' Ierse strafrechtspraak en dat tegen de uitspraken van de speciale straffhoven een vorm van hoger beroep openstond bij de 'gewone' strafrechtelijke hoger-beroepsinstantie (zij het dat deze hoger-beroepsmogelijkheid beperkt was tot kwesties over de toepassing van het recht, zij had derhalve meer het karakter van cassatie dan van hoger beroep). Gezien deze omstandigheden achtte de Commissie de situatie niet in strijd met het vereiste van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht zoals gegarandeerd door art. 6 lid 1 EVRM en verklaarde de klacht niet ontvankelijk (ECieRM 9 december 1988 (ontv.besl.), appl.no. 12839/87 (*Eccles, McPhillips and McShane/Ireland*), *D&R* Vol. 59, p. 212. Ook in het VK is – o.g.v. de Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973 – sprake van speciale gerechten die belast zijn met de berechting van terroristische misdrijven; de zgn. 'Diplock courts'. Deze gerechten wijken af van de 'normale' strafrechtspraak, omdat de rechtspraak niet geschiedt door een jury.

278 ECieRM 18 november 1969, appl.nos. 3321-3323/67 en 3344/67 (*Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands/Greece*) *Yearbook ECHR* 1969 (*The Greek Case*), p. 141 (§ 303) en 148-149 (§ 326 en 328).

militairen die deel uitmaken van de krijgsraad moet voorzien zijn in voldoende waarborgen van onafhankelijkheid ten opzichte van de militaire hiërarchie en commandostructuur.²⁷⁹ Als het gaat om rechtspraak *ten aanzien van burgers* gelden echter nog strengere eisen. In de arresten *Sramek/Austria*²⁸⁰ en *Belilos/Switzerland*²⁸¹ oordeelde het EHRM dat onder bepaalde omstandigheden de aanwezigheid van een ambtenaar in dienst van de nationale overheid of van een politieofficier als lid van rechterlijke instantie voldoende is om de 'appearance of independence' van deze rechterlijke instantie dusdanig aan te tasten dat niet voldaan wordt aan de eisen van artikel 6 EVRM, ook al bestaan ten aanzien van de betreffende rechters in de praktijk wel degelijk redelijke onafhankelijkheidswaarborgen. Deze 'appearance of independence', oftewel de 'objectieve onafhankelijkheid', van de rechterlijke instantie staat ook centraal in de jurisprudentie over de Turkse staatsveiligheidsrechtbanken.

In Turkije bestaat een systeem van speciale rechtbanken verspreid over heel Turkije met een jurisdictie die beperkt is tot politieke overtredingen en ernstige criminele misdrijven die als een bedreiging voor de staatsveiligheid worden beschouwd. De staatsveiligheidsrechtbanken werken met speciale procedures die aangeklaagden minder bescherming bieden dan de strafrechtelijke procedures voor de 'gewone' Turkse rechtbanken. Deze speciale procedures leveren diverse situaties op die op zeer gespannen voet staan met internationale mensenrechtennormen: zo is de duur van het voorarrest in zaken bij de staatsveiligheidsrechtbanken veel langer dan in normale strafprocedures, worden verdachten gedurende dit voorarrest menigmaal lange tijd in isolatie gehouden, kunnen zij niet in contact treden met een raadsman en hebben de autoriteiten het recht geen informatie te geven over de locatie van een gedetineerde of over het feit of überhaupt sprake is van opsluiting. Het grootste gevaar van deze geïsoleerde opsluiting ligt in het feit dat deze ruimte biedt aan martelingen en zelfs aanmoedigt dat verdachten door psychische en fysieke intimidatie worden gedwongen een verklaring af te leggen die belastend is voor zichzelf of voor anderen.²⁸² Diverse aspecten hiervan zullen in het volgende hoofdstuk nog nader worden besproken. Het aspect van de staatsveiligheidsrechtbanken dat op deze plaats relevant is, is de samenstelling ervan.

279 EHRM 23 februari 1997, *RJ&D 1997-I* (Findlay/UK). De Britse situatie waarin zowel de militaire aanklager als de leden van de rechtbank rechtstreeks ondergeschikt waren aan de militaire officier die de rechtbank bijeenriep en de strafbare feiten bij de aanklager en rechtbank aanbracht, werd in strijd met artikel 6 EVRM geoordeeld. Zie ook EHRM 24 september 1997, *RJ&D 1997-V* (Coyne/UK) en EHRM 18 februari 1999, *RJ&D 1999-I* (Hood/UK).

280 EHRM 22 oktober 1984, *Series A* Vol. 84 (*Sramek/Austria*), p. 19-20.

281 EHRM 29 april 1988, *Series A* Vol. 132 (*Belilos/Switzerland*), p. 30.

282 Zie voor een beknopte bespreking van de probleempunten m.b.t. de Turkse staatsveiligheidsrechtbanken: Delegatie Joseph R. Crowley Programma & Raad van mensenrechtenadvocaten 2000, p. 70-86. Uitvoerder: Bedri Eryilmaz 1999, m.n. p. 79-128 en 184-203.

Tot 1999 bestonden de staatsveiligheidsrechtbanken uit twee gewone (civiele) rechters en één militaire rechter. Deze militaire rechters waren op dezelfde wijze opgeleid als de civiele rechters, zij beschikten over identieke constitutionele onafhankelijkheidswaarborgen, waren op persoonlijke basis benoemd als rechter en waren niet onderworpen aan instructies van de militaire autoriteiten gedurende hun zittingsperiode (vier jaar, met de mogelijkheid van herbenoeming). Desalniettemin maakten de betreffende rechters nog steeds deel uit van het militair apparaat, waren zij onderworpen aan de militaire tucht en hiërarchie en werden door hun militaire meerderen beoordelingsrapporten over hen opgesteld. Als reden voor de benoeming van militaire rechters in de staatsveiligheidsrechtbanken voerde de Turkse regering aan dat militairen over grotere deskundigheid en ervaring beschikten ten aanzien van de bestrijding van terrorisme.²⁸³ In het *Inçal*-arrest (1998) oordeelde het EHRM met twaalf tegen acht stemmen dat de aanwezigheid van een militair in de Turkse staatsveiligheidsrechtbanken strijd opleverde met artikel 6 EVRM, aangezien in redelijkheid zou kunnen worden getwijfeld aan de onafhankelijkheid van de militaire rechter.²⁸⁴ De mogelijkheid van beroep bij het Turkse Hof van Cassatie achtte het EHRM onvoldoende om deze inbreuk op artikel 6 EVRM te 'repareren', mede vanwege de beperkte jurisdictie van het Hof van Cassatie.²⁸⁵ Dit oordeel heeft het EHRM bevestigd in latere arresten.²⁸⁶ In juni 1999 werd de Turkse wetgeving aangepast, zodat militaire rechters niet meer deel konden uitmaken van de staatsveiligheidsrechtbanken.²⁸⁷

Toegankelijkheid van bewijsmateriaal en gebruik van anonieme getuigen in strafzaken

In het derde en vierde lid van artikel IX van de hierboven reeds genoemde *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* uit 2001 wordt aangegeven dat een effectieve strijd tegen terrorisme vergt dat bepaalde waarborgen ten aanzien van een eerlijk proces met enige flexibiliteit worden

283 Cameron 2000, p. 301, merkt hierover op: 'Although this was not advanced in argument, it would appear that the greater risks of corruption of civilian judges was also a factor.'

284 EHRM 9 juni 1998, *RJ&D* 1998-IV (*Inçal/Turkey*), § 70-72.

285 Hiermee lijkt het Hof een andere opvatting te huldigen dan de ECieRM in de zaak *Eccles, McPhillips and McShane/Ireland* uit 1988, zie *supra* voetnoot 276.

286 Zie o.m. EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D* 1998-VII (*Çiraklar/Turkey*); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (*Karatas/Turkey*); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (*Sürek/Turkey* No. 1); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (*Baskaya and Okçuoglu/Turkey*), *NJ* 2001, 62, m.nt. Dommering.

287 Zie de bijlage bij resolutie DH (99) 555 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (8 oktober 1999) en de beschrijving in EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (*Öcalan/Turkey*), § 48-50 en 113. In dit arrest werd overigens het feit dat een militaire rechter gedurende een groot deel van het proces tegen Öcalan deel had uitgemaakt van de staatsveiligheidsrechtbank (hij was pas kort voor het uitspreken van het vonnis, als gevolg van de wetswijziging, vervangen door een civiele rechter – die op zich wel het hele proces had meegemaakt als een soort 'toehorende rechter') nog altijd als een schending van art. 6 lid 1 EVRM aangemerkt.

geïnterpreteerd, in het bijzonder waar het de rechten van de verdediging in strafzaken betreft:

‘3. The imperatives of the fight against terrorism may (...) justify certain restrictions to the right of defence, in particular with regard to:

- i the arrangements for access to and contacts with counsel;
- ii the arrangements for access to the case-file;
- iii the use of anonymous testimony.

4. Such restrictions to the right of defence must be strictly proportionate to their purpose, and compensatory measures to protect the interests of the accused must be taken so as to maintain the fairness of the proceedings and to ensure that procedural rights are not drained of their substance.’

In § 5.6.2 kwam reeds aan de orde dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden het onderscheppen van de correspondentie tussen een (op verdenking van terroristische activiteiten) gedetineerde en zijn advocaat toelaatbaar acht, mits de nationale wetgeving terzake voldoende waarborgen tegen misbruik bevat.²⁸⁸ Dit betekent echter geenszins dat ook andere vormen van communicatie, met name de mondelinge communicatie, tussen een gedetineerde en zijn advocaat mogen worden afgeluisterd.

Over de rol van anonieme getuigen in een strafproces is tot dusverre geen jurisprudentie ontwikkeld die specifiek gerelateerd is aan misdrijven tegen de staatsveiligheid of terrorisme. In het kader van diverse zaken met betrekking tot ‘gewone’ (drugs)criminaliteit heeft het EHRM echter geaccepteerd dat getuigen of informanten door middel van anonimiteit beschermd moeten kunnen worden tegen het mogelijke gevaar van wraakneming of intimidatie door of namens een verdachte:

‘[T]he Court has recognised in principle that, provided that the rights of the defence are respected, it may be legitimate for the police authorities to wish to preserve the anonymity of an agent deployed in undercover activities, for his own or his family’s protection and so as not to impair his usefulness for future operations.’²⁸⁹

Daarbij geldt dan echter wel dat de beperking van de rechten van de verdediging die voortvloeit uit het gebruik van anonieme getuigen voldoende moet worden gecompenseerd door een goede rechterlijke procedure: de controle op de betrouwbaarheid van getuigen moet in handen zijn van een onafhankelijke rechter en de procespartijen moeten mede kunnen bepalen welke vragen aan de getuige worden voorgelegd in het onderzoek door de rechter buiten de terechtzitting. Uiteindelijk stelt de zittingsrechter vast of voldoende informa-

288 EHRM 5 juli 2001 (ontv.besl.), *RJ&D* 2001-VII (Erdem/Germany), § 65-69.

289 EHRM 23 april 1997, *RJ&D* 1997-III (Van Mechelen and others/The Netherlands), § 57.

tie beschikbaar is voor een goede beoordeling van de zaak.²⁹⁰ Het ligt voor de hand dat deze maatstaf ook van toepassing geacht kan worden in zaken die wel specifiek te maken hebben met terrorisme of soortgelijke misdrijven tegen de staatsveiligheid.

Datzelfde geldt voor de overige maatstaven die het EHRM ontwikkeld heeft met betrekking tot de toegankelijkheid van het strafdossier en het bewijsmateriaal voor de verdachte en zijn raadsman. De hoofdregel is dat in strafprocedures het beginsel van tegenspraak (*adversarial proceedings*) mede omvat dat zowel de vervolgende instantie als de verdediging de kans krijgt kennis te nemen van de over en weer aangevoerde informatie.²⁹¹ Op deze hoofdregel zijn echter uitzonderingen mogelijk. De maatstaven met betrekking tot deze uitzonderingen werden in 2000 op een rijtje gezet in een drietal op dezelfde dag gewezen arresten, te weten *Fitt/UK*, *Jasper/UK* en *Rowe and Davies/UK*. Alle drie deze zaken betroffen gevallen waarin de Britse openbaar aanklager een beroep had gedaan op de zogenaamde 'public interest immunity' om bepaald door de politie verzameld bewijsmateriaal achter te mogen houden en de Britse rechterlijke instanties dit hadden gehonoreerd. Uit de drie arresten blijkt dat het recht op kennisneming van al het relevante bewijsmateriaal niet absoluut is. In het strafproces kunnen bepaalde belangen een rol spelen, zoals de nationale veiligheid, de noodzaak om getuigen te beschermen of om bepaalde opsporingsmethoden geheim te houden, die moeten worden afgewogen tegen de rechten van de verdachte. In het arrest *Fitt/UK* formuleert het Hof het als volgt:

'44. It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party (...). In addition Article 6 par. 1 requires, as indeed does English law (...), that the prosecution authorities should disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused (...).

45. However, (...) the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (...). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another

290 Zie voor de specifieke voorwaarden die het Hof aan het gebruik van anonieme getuigen stelt § 52-57 van het arrest-*Van Mechelen*, evenals EHRM 26 maart 1996, *RJ&D* 1996-II (Doorson/*The Netherlands*), § 69-75 en EHRM 15 juni 1992, *Series A* vol. 238 (*Lüdi/Switzerland*), § 32-37.

291 EHRM 16 december 1992, *Series A* Vol. 247-B (Edwards/*UK*); zie hierover ook de noot van Myjer bij dit arrest in *NJCM-Bulletin* 1992, p 670.

individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 par. 1 (...). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (...).

46. In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them (...). In any event, in many cases, such as the present, where the evidence in question has never been revealed, it would not be possible for the Court to attempt to weigh the public interest in non-disclosure against that of the accused in having sight of the material. It must therefore scrutinise the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.²⁹²

Beperking van de toegang van de verdediging tot het bewijsmateriaal kan dus onder omstandigheden toelaatbaar zijn, mits deze beperkende maatregel strikt noodzakelijk is. Het EHRM toetst vervolgens niet zelf of voldaan is aan de voorwaarde van strikte noodzakelijkheid; het beoordeelt slechts of de handicaps voor de verdediging die voortvloeien uit de geheimhouding van bepaald bewijsmateriaal op toereikende wijze in de procedure worden gecompenseerd.²⁹³ In de zaken *Fitt/UK* en *Jasper/UK* komt het EHRM tot het oordeel dat de rechten van de verdediging door de toetsing van de rechter in de 'public interest immunity'-procedure²⁹⁴ voldoende werden gecompenseerd, zij het in beide zaken met een minimale meerderheid van negen tegen acht stemmen. Het feit dat het zittingsrechter was, 'with full knowledge of the issues in the trial', die de 'balancing exercise between the public interest in maintaining

292 EHRM 16 februari 2000, appl.no. 29777/96 (*Fitt/UK*), § 44-46.

293 Zie ook EHRM 22 juli 2003 en 4 oktober 2004, appl.no. 39647/98 en 40461/98 (*Edwards and Lewis/UK*), § 53 en 54. Van Kempen is in zijn noot bij dit arrest, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 321, kritisch over deze toetsingswijze. Hij lijkt, zij het impliciet, van mening te zijn dat het Hof minder terughoudendheid zou passen, nu het niet gaat om een beoordeling van het bewijsmateriaal c.q. de informatie zelf, maar slechts om een beoordeling van de vraag of het materiaal aan de openbaarheid bloot moet worden gesteld. Het is voor het Hof echter feitelijk onmogelijk om een noodzakelijkheidstoets uit te voeren op materiaal dat niet – en dus ook niet voor het Hof – openbaar is.

294 Deze procedure houdt kort samengevat in dat de aanklager de rechter kan verzoeken bepaalde informatie onder de 'public interest immunity' te laten vallen, zodat deze niet aan de verdediging bekend hoeft te worden gemaakt. De rechter beslist in raadkamer en afhankelijk van de gevoeligheid van het materiaal kan hij bepalen in hoeverre de verdediging ten aanzien van het achterhouden van informatie verweer kan voeren. Het is zelfs mogelijk dat de procedure geheel buiten de verdediging om gevoerd wordt. De rechter dient bij zijn beslissing een belangenafweging te maken tussen het algemeen belang (opsporingsbelang, belang van de bescherming van getuigen of informanten) en het verdedigingsbelang.

the confidentiality of the evidence and the need of the defendant to have it revealed' uitvoerde en dat de verdediging op de hoogte werd gebracht van het geheimhoudingsverzoek van de zijde van de vervolgende instantie en de gelegenheid had om aan te geven welke mogelijke belangen zij bij openbaarmaking zou kunnen hebben, maakte dat de kleinst mogelijke meerderheid van het Hof de procedure in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, EVRM oordeelt.²⁹⁵ In de zaak *Rowe and Davies/UK* acht het Hof unaniem dat artikel 6 EVRM is geschonden, omdat de aanklager in eerste aanleg informatie heeft achtergehouden, zonder deze ter toetsing voor te leggen aan de rechter (dat gebeurde namelijk pas in de appelfase). Uit de drie zaken blijkt dat het Hof grote waarde hecht aan de omstandigheid dat de zittingsrechter die een beroep op 'public interest immunity' heeft gehonoreerd, gedurende de voortgang van het proces in het oog blijft houden of de achtergehouden informatie niet toch zodanig relevant wordt voor de verdediging dat deze alsnog moet worden geopenbaard.²⁹⁶ Met name hierin ligt de compensatie van de beperking van de verdedigingsmogelijkheden.²⁹⁷

Uit het in 2004 gewezen arrest *Edwards and Lewis/UK* lijkt te kunnen worden afgeleid dat de rechter die de beoordeling uitvoert van de noodzakelijkheid tot geheimhouding van bepaald (bewijs)materiaal niet dezelfde rechter mag zijn die materiële beslissingen neemt in de procedure, zoals over de ontvankeelijkheid van het openbaar ministerie of over de schuldvraag. In de zaken *Jasper* en *Fitt* was het weliswaar de zittingsrechter die die toetsing uitvoerde, maar was het uiteindelijk een jury die een oordeel velde over de materiële strafrechtelijke kwesties en werd het geheimgehouden materiaal uiteindelijk ook niet ten overstaan van de jury gebruikt. In de zaak *Edwards en Lewis* is de zittingsrechter die oordeelt over de noodzaak van geheimhouding van bepaald (bewijs)materiaal dezelfde rechter die een uitspraak moet doen over de materiële strafrechtelijke kwesties en een dergelijke gang van zaken wordt door het EHRM niet goedgekeurd.²⁹⁸

295 EHRM 16 februari 2000, appl.no. 27052/95 (*Jasper/UK*), § 55-56; EHRM 22 juli 2003 en 4 oktober 2004, appl.no. 39647/98 en 40461/98 (*Edwards and Lewis/UK*), § 55.

296 EHRM 16 februari 2000, appl.no. 29777/96 (*Fitt/UK*), § 49.

297 Aldus annotator Spronken in haar noot bij EHRC 2000/32. Zij merkt bovendien op dat het feit dat in de zaken *Fitt* en *Jasper* de krappe meerderheid van het Hof niet tot schending concludeert – anders dan in *Doorson* en *Van Mechelen*, waarin het Hof nadrukkelijk overwoog dat de beperkingen die aan de verdediging worden opgelegd bij het horen van anonieme getuigen juist niet kunnen worden gecompenseerd door een procedure waarbij een rechter(-commissaris) een gemotiveerd oordeel over de betrouwbaarheid van deze getuigen geeft, omdat de verdediging zich een eigen oordeel over die betrouwbaarheid moeten kunnen vormen – wellicht kan worden verklaard uit het gegeven dat het in de zaken *Doorson* en *Van Mechelen* ging om de toetsing van belastend materiaal dat voor het bewijs werd gebruikt en in de onderhavige zaken juist om de beoordeling van de relevantie van niet gebruikt materiaal dat eventueel ontlastend zou kunnen zijn. Zie hierover § 48 van het arrest *Fitt/UK*.

298 EHRM 22 juli 2003 en 4 oktober 2004, appl.no. 39647/98 en 40461/98 (*Edwards and Lewis/UK*), § 56-57, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 316, m.nt. Van Kempen.

Geconcludeerd mag worden dat een te betrachten flexibiliteit ten aanzien van de interpretatie van de eerlijk-proceswaarborgen van artikel 6 EVRM in strafzaken die te maken hebben met terrorisme of andere misdrijven tegen de staatsveiligheid weliswaar aanwezig geacht mag worden, maar toch slechts van geringe omvang is dan wel aan strikte voorwaarden gebonden (en voor een deel binnen het EHRM ook nog zeer omstreden).²⁹⁹

Zwijgrecht en onschuldpresumptie

Een ander voorbeeld van een casus waarin de staatsveiligheid een rol speelt met betrekking tot het recht op een eerlijk proces wordt gevormd door de EHRM-arresten *Quinn/Ireland* en *Heaney and McGuinness/Ireland* uit december 2000.³⁰⁰ Beide zaken betroffen de klacht dat toepassing van artikel 52 van de Ierse *Offences against the State Act 1939* een inbreuk opleverde op het zwijgrecht van verdachten, het verbod van zelf-incriminatie en de onschuldpresumptie. Het betreffende artikel 52 verplichtte personen die op verdenking van lidmaatschap van een verboden (terroristische) organisatie in bewaring werden gehouden om, telkens wanneer de politie daarom verzocht, volledig verslag te doen van hun 'movements and actions during any specified period' en alle informatie waarover zij beschikten 'in relation to the commission or intended commission by another person of any offence under any section or sub-section of this Act or any scheduled offence' te overleggen. Weigering om deze informatie te overleggen leverde een zelfstandig strafbaar feit op, met een maximum gevangenisstraf van zes maanden. De klagers in deze zaken waren gearresteerd op verdenking van IRA-lidmaatschap, maar uiteindelijk daarvan vrijgesproken. Zij waren echter wel veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf vanwege hun weigering om te voldoen aan de verplichtingen op grond van artikel 52 van de *Offences Against the State Act*. Het EHRM achtte deze gang van zaken in strijd met artikel 6, eerste en tweede lid, EVRM. Het meende dat ook de bijzondere spanningen op het terrein van de nationale veiligheid en openbare orde voortvloeiend uit het Noord-Ierse conflict geen rechtvaardiging konden opleveren voor toepassing van een wetsbepaling die 'extinguishes the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination'.³⁰¹

5.7.2.4 Nationale veiligheid en het verbod van terugwerkende kracht van strafwetgeving

Een laatste hier te noemen voorbeeld van een zaak met betrekking tot een aangelegenheid van nationale veiligheid die raakt aan een verdragsbepaling waarin geen beperkingsclausule is opgenomen is de zaak *Croissant/Germany*.

²⁹⁹ Zie hierover uitvoeriger Alink 2004.

³⁰⁰ EHRM 21 december 2000, *RJ&D* 2000-XII (Quinn/Ireland) en EHRM 21 december 2000, *RJ&D* 2000-XII (Heaney and McGuinness/Ireland).

³⁰¹ EHRM 21 december 2000, *RJ&D* 2000-XII (Heaney and McGuinness/Ireland), § 58.

Deze betrof een klacht van een staatsburger van het voormalige Oost-Duitsland die na de Duitse hereniging veroordeeld was vanwege spionageactiviteiten tegen de Bondsrepubliek voor de voormalige Oost-Duitse geheime dienst. Hij klaagde over schending van artikel 7 EVRM, omdat zijn handelingen op het moment dat hij ze verrichtte onder het geldende Oost-Duitse recht niet strafbaar waren en de indertijd geldende West-Duitse wetgeving, die spionage tegen de Bondsrepubliek ook strafbaar stelde indien verricht buiten het grondgebied van de Bondsrepubliek, in zijn zaak door de Duitse rechterlijke instanties op een onvoorzienbare manier geïnterpreteerd was (waardoor ook het aan een buitenlandse mogendheid doorspelen van gegevens die niet als (staats)geheim waren geclassificeerd strafbaar werd verklaard). De ECieRM verklaarde de klacht niet-ontvankelijk.³⁰²

5.8 CONCLUSIES, AANVULLENDE EN AFRONDENDE OPMERKINGEN

De hierboven in kaart gebrachte literatuur en jurisprudentie over het concept van nationale veiligheid als grond voor de beperking van bepaalde verplichtingen voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen geeft aanleiding tot het maken van enkele concluderende en aanvullende afrondende opmerkingen. Deze zijn hieronder puntsgewijs gegroepeerd.

5.8.1 Nationale veiligheid = staatsveiligheid?

De hierboven besproken beperkingsclausules in het IVBPR, EVRM en AVRМ bevatten alle de beperkingsgrond 'bescherming van de nationale veiligheid'. Het draait bij deze beperkingsgrond dus om de veiligheid van de 'natie', een term die doorgaans eerder als synoniem van 'volk' beschouwd wordt dan als synoniem van 'staat'.³⁰³ Desalniettemin ben ik er in het voorgaande min of meer impliciet vanuit gegaan dat met bescherming van de nationale veiligheid in de beperkingsclausules niets anders bedoeld wordt dan bescherming van de staatsveiligheid. In het volgende hoofdstuk zal duidelijk worden dat het ook in de specifieke opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen draait om de bescherming van de 'nation', in het Nederlands vertaald als 'volk'.

Zit er 'lucht' tussen 'nationale veiligheid' en 'staatsveiligheid'? Naar mijn mening niet. De hierboven in kaart gebrachte jurisprudentie maakt duidelijk

302 ECieRM 27 februari 1997 (ontv.besl.), appl.no. 30454/96 (Croissant/Germany). Zie voor vergelijkbare zaken, waarin echter klachten werd ingediend op grond van artikel 5 EVRM: ECieRM 24 juni 1996 (ontv.besl.), appl.no. 29744/96 (Fleischle/Germany) en ECieRM 24 juni 1996 (ontv.besl.), appl.no. 29742/96 (Kuche/Germany).

303 Vgl. Svensson-McCarthy 1998, p. 171 (voetnoot 135).

dat in de ogen van de internationale toezichthoudende organen grondrechtenbeperkende overheidsmaatregelen ter bescherming van de nationale veiligheid zeer wel louter betrekking kunnen hebben op de bescherming van bepaalde staatsstructuren (bijvoorbeeld constitutionele eenheid) of staatsinstituties (ambtenarenapparaat, militair apparaat), zonder dat van een directe bedreiging van het volk of de bevolking als zodanig sprake is. De notie van de democratische rechtsstaat die in zekere zin een uitgangspunt vormt voor de formuleringen zoals gehanteerd in de mensenrechtenverdragen maakt ook dat overheids-optreden – staatsoptreden – in beginsel geacht wordt gefundeerd te zijn op democratisch gelegitimeerde besluitvorming, zodat de staat optreedt voor (of namens) het volk. Voor zover overheids-optreden ter bescherming van de staatsveiligheid de fundamentele rechten van (leden van) het volk te zeer zou aantasten en er dus toch een vorm van discrepantie zou ontstaan tussen bescherming van de staat en bescherming van het volk, biedt de toetsingsmaatstaf ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ de toezichthoudende organen een mogelijkheid om ‘staat’ en ‘volk’ met elkaar in balans te brengen.³⁰⁴ Te diep ingrijpend staatsoptreden zal als niet-noodzakelijk in een democratische samenleving worden aangemerkt. Dit levert een schending op van de betreffende verdragen, die dan in wezen gebaseerd is op de overweging dat het staatsoptreden onvoldoende in overeenstemming was met de belangen van (de individuele leden van) het volk.

5.8.2 Bedreiging van de staatsveiligheid als bedreiging van de mensenrechten en mensenrechtenbescherming als onderdeel van de bescherming van de nationale veiligheid

Zowel in de jurisprudentie van het EHRM, het VN-Mensenrechtencomité als het IAHRM is erop gewezen dat staten niet alleen het recht, maar ook de plicht

304 Een constructie zoals voorgestaan door *Johannesburg Principle 2(a)*, volgens welk beperkingen op de uitingsvrijheid en informatievrijheid ter bescherming van de nationale veiligheid alleen zijn toegestaan indien deze nodig zijn ‘to protect a country’s existence (cursivering JPL)’ acht ik dan ook overbodig. De opstellers van de *Johannesburg Principles* kozen bewust voor de term ‘country’ in plaats van ‘nation’. In haar toelichting op de *Principles* merkt Coliver hierover op: ‘Although the term “nation” may convey more strongly than the word “country” the sense of a population connected to a territory, the Principles do not use the term because of the too frequent abuse by governments of their authority to defend the “nation” to justify measures aimed at entrenching the hegemony of the majority national group, its culture, or heritage.’ Zij verwijst in dit verband naar diverse staten in Midden- en Oost-Europa die ‘belediging van de natie’ als misdrijf hebben opgenomen in hun wetboek van strafrecht ter bescherming van de cultuur of eer van de heersende etnische of nationale groepering (Coliver 1998, p. 20-21). Mijns inziens zal een toepassing van dergelijke strafbepalingen die inderdaad slechts de belangen van een bepaalde klasse dient, de toets aan ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ niet kunnen doorstaan, daarvoor is vervanging van ‘nation’ door ‘country’ in de beperkingsclausule niet nodig.

hebben hun veiligheid te waarborgen. Op staten rusten zekere positieve verplichtingen ter bescherming van de veiligheid van hun burgers, waarbij deze verplichtingen vooral voortvloeien uit de bescherming van het recht op leven. In het verlengde hiervan worden activiteiten die de staatsveiligheid aantasten, zoals terroristische aanslagen, in de literatuur en statenpraktijk veelal aangemerkt als bedreigingen van de mensenrechten. Als voorbeeld kan gewezen worden op de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, vastgesteld door het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 11 juli 2002. De eerste overweging van de preambule daarvan stelt dat: 'terrorism seriously jeopardises human rights, threatens democracy, and aims notably to destabilise legitimately constituted governments and to undermine pluralistic civil society'. Artikel 1 van de *Guidelines* luidt:

'States are under the obligation to take the measures needed to protect the fundamental rights of everyone within their jurisdiction against terrorist acts, especially the right to life. This positive obligation fully justifies States' fight against terrorism in accordance with the present guidelines.'

Teksten als deze markeren dat de strijd tegen terrorisme en ander overheids-optreden ter bescherming van de staatsveiligheid, in het kader waarvan soms maatregelen getroffen worden die op gespannen voet staan met de bescherming van bepaalde mensenrechten, op zich ook weer een basis vinden in de bescherming van die mensenrechten.³⁰⁵

Over de zorgplicht ten aanzien van de staatsveiligheidsbescherming merkt Svensson-McCarthy op dat de toezichthoudende organen klaarblijkelijk van mening zijn dat bescherming van de nationale veiligheid en handhaving van de openbare orde niet *tegenover* mensenrechtenbescherming staan, maar dat een effectieve bescherming van mensenrechten deel uitmaakt van of in ieder geval verbonden is met de nationale veiligheid en de openbare-ordehandhaving.³⁰⁶ Ook in de *Siracusa Principles* komt deze benadering naar boven. In *Principle 32* luidt het 'The systematic violation of human rights undermines true national security and may jeopardize international peace and security' en hierboven werd reeds gewezen op *Principle 22*, waarin wordt opgemerkt dat mensenrechtenbescherming deel uitmaakt van de 'public order'. Cameron

305 De Group of Specialists on Democratic Strategies for dealing with Movements threatening Human Rights van de Raad van Europa heeft hierover opgemerkt: 'On the one hand, it is necessary for a democratic society to take certain measures of a preventive or repressive nature to protect itself against threats to the very values and principles on which that society is based. On the other hand, public authorities (the legislature, the courts and the administrative authorities) are under a legal obligation, also when taking measures in this area, to respect the human rights and fundamental freedoms set out in the European Convention on Human Rights and other instruments to which the member states are bound.' Zie RvE doc. DH-S-DEM (99) 4 Addendum, § 16.

306 Svensson-McCarthy 1998, p. 171.

wijst er, in navolging van anderen, echter op dat deze benadering weliswaar goed aansluit bij het concept van de liberale democratische rechtsstaat, dat in wezen ten grondslag ligt aan de mensenrechtenverdragen, maar dat deze benadering de belangenafweging tussen nationale veiligheid en mensenrechtenbescherming tegelijkertijd ook compliceert: '[I]f human rights are part of "national security" then the balance between the two cannot be weighed by counting the "gain" to the latter against the "loss" to the former. Instead, the loss to human rights must be counted to both sides of the scale.'³⁰⁷ Het verontrust hem dat met deze benadering (nationale-)veiligheidsexperts als het ware gelegitimeerd worden om zich met mensenrechtenkwesaties te bemoeien, hetgeen uiteindelijk geen positief effect voor het beschermingsniveau zou hebben.³⁰⁸ Dit is inderdaad een consequentie waarvoor enige beduchtheid op zijn plaats is. Anderzijds moet worden opgemerkt dat indien vermindering van de mensenrechtenbescherming 'meeweegt' als vermindering van de nationale veiligheid (of openbare orde), de balans tussen mensenrechtenbescherming en nationale veiligheid (openbare orde) juist minder snel zal doorslaan ten gunste van het laatste. Zeker als het zou gaan om zeer ingrijpende en massale mensenrechtenbeperkingen, wordt het dan moeilijker om die te rechtvaardigen op grond van de nationale veiligheid of openbare orde.

5.8.3 Reikwijdte van het concept 'national security' als beperkingsgrond voor fundamentele rechten

Met betrekking tot de reikwijdte van het concept 'national security' als beperkingsgrond voor fundamentele rechten biedt de beperkte jurisprudentie onder het IVBPR en het AVRVM terzake geen wezenlijke verduidelijking. De uitvoeriger jurisprudentie onder het EVRM biedt wel enige aanknopingspunten.

Een eerste conclusie die uit de in § 5.6 beschreven arresten van het EHRM getrokken kan worden, is dat toepassing van de beperkingsgrond 'bescherming van de nationale veiligheid' niet beperkt blijft tot nood- of crisissituaties waarin er sprake is van een zodanig ernstige bedreiging van de staatsveiligheid dat gesteld kan worden dat het voortbestaan van die staat in het geding is. De beperkingsgrond nationale veiligheid kan reeds aan de orde zijn bij overheids-optreden dat, nog onder 'normale' omstandigheden, gericht is op een meer 'permanente' en 'preventieve' bescherming van zwaarwegende belangen die bepalend zijn voor de veiligheid van een democratische samenleving. Svensson-McCarthy merkt op dat dergelijk optreden uiteindelijk natuurlijk ook ten dienste staat van 'the very life' van die samenleving c.q. staat.³⁰⁹

307 Cameron 2000, p. 57.

308 *Ibidem*, voetnoot 225.

309 Svensson-McCarthy 1998, p. 186.

Verder kan in het algemeen uit de EHRM-jurisprudentie worden afgeleid dat de 'nationale veiligheid' zowel betrekking heeft op de *externe* veiligheid als de *interne* veiligheid van een staat. De externe veiligheid – de bescherming van de staatsgrenzen, doorgaans ook aangeduid als de bescherming van de territoriale integriteit – maakt naar mijn mening logischer- en noodzakelijkerwijs deel uit van het concept van nationale veiligheid.³¹⁰ Het feit dat de territoriale integriteit incidenteel naast de nationale veiligheid als aparte beperkingsgrond in de mensenrechtenverdragen figureert, doet hieraan niets af en moet in mijn ogen veeleer als een inconsequentie in de verdragsteksten worden aangemerkt. Tegelijkertijd merk ik op dat bescherming van de territoriale integriteit mijns inziens niet alleen betrekking kan hebben op bescherming tegen buitenlandse vijandige mogendheden, maar ook op bescherming tegen binnenlandse groeperingen die bijvoorbeeld afscheiding van een deel van het staatsterritoir nastreven. Dat is een reden te meer om geen strikt onderscheid te hanteren tussen nationale veiligheid en territoriale integriteit. Ook het EHRM lijkt bescherming van de territoriale integriteit te beschouwen als een onderdeel van het bredere concept nationale veiligheid (zie met name het arrest *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria*).³¹¹

De verdragsstaten zijn derhalve gerechtigd tot grondrechtenbeperkende maatregelen ter bescherming van de staatsgrenzen tegen aanvallen van buitenaf, mits deze maatregelen de grenzen van hetgeen noodzakelijk is in een democratische samenleving niet overschrijden. Bij de bescherming van de staatsgrenzen moet overigens misschien niet alleen worden gedacht aan de 'buitengrenzen', maar ook aan de grenzen tussen de deelstaten van een federatieve staat.³¹²

Principle 29 van de *Siracusa Principles* koppelt 'national security' nadrukkelijk aan de bescherming tegen geweld of tegen de dreiging met geweld. In de EHRM-jurisprudentie wordt nationale veiligheid minder nadrukkelijk aan geweldsdreiging gekoppeld. Ook overheidsoptreden ter handhaving van de integriteit van het ambtelijk apparaat (zie de arresten *Klass/FRG*, *Leander/Sweden*, *Vogt/Germany*, *Grande Oriente/Italy*, *Rekvenyi/Hungary*) en ter handhaving van de discipline binnen het militair apparaat (*Engel e.a./The Netherlands*, *Grigoriades/Greece*) wordt beschouwd als optreden dat (mede) dient ter bescherming van de nationale veiligheid, waarbij de nationale veiligheid in deze zaken meer betrekking heeft op de interne veiligheid. Incidenteel hanteert het EHRM de beperkingsgrond nationale veiligheid daarbij wel erg ruimhartig. Als in de zaak *Grande Oriente/Italy* ook herstel van het vertrouwen van het publiek in het functioneren van het overheidsapparaat wordt beschouwd als een belang

310 Zie *supra* § 5.3.

311 Besproken in § 5.6.4.2 *supra*.

312 ECieRM en EHRM lijken dit geaccepteerd te hebben in de zaak *Klass/FRG*. Het optreden van de Duitse veiligheidsdiensten in die zaak diende o.m. ter bescherming van de veiligheid van de deelstaten, zie § 5.6.2 *supra*.

dat onderdeel uitmaakt van de bescherming van de nationale veiligheid en het voorkomen van wanordelijkheden acht ik dat bedenkelijk. Dat dergelijke maatregelen onder de beperkingsgrond 'prevention of disorder' vallen is nog te billijken, maar dat in een dergelijke kwestie ook de beperkingsgrond 'national security' aan de orde wordt geacht, betekent wel een enorme oprekking van het concept van de nationale veiligheid.

De interne veiligheid is op meer vanzelfsprekende wijze aan de orde indien een staat te maken heeft met een gewapende strijd van terroristische of separatistische bewegingen. In dergelijke situaties is het EHRM dan ook al heel snel geneigd om grondrechtenbeperkend optreden te kwalificeren als 'in het belang van de nationale veiligheid'. De nationale veiligheid geldt daarbij echter niet als de exclusieve beperkingsgrond: 'national security', 'territorial integrity', 'public safety' en 'prevention of disorder and crime' of 'public order' worden door het Hof doorgaans min of meer op een hoop gegooid en het overheids-optreden wordt geacht één of meer van die belangen te dienen.³¹³ De uitoefening van het aan de orde zijnde grondrecht moet echter in het licht van alle feitelijke omstandigheden wel een aanzienlijke mate van gevaar voor die staatsbelangen opleveren, wil het Hof de inbreuk op dat recht noodzakelijk, proportioneel en dus gerechtvaardigd achten. Zolang er bij de grondrechtenuitoefening geen sprake is van het gebruik van of aanzetten tot geweld (of gewapende strijd) acht het Hof die aanzienlijke mate van gevaar niet aanwezig.³¹⁴ Het enkele bepleiten van de afscheiding van een deel van het staats-territoir tot een zelfstandige staat is volgens het Hof niet voldoende om een grondrechtenbeperking in het belang van de nationale veiligheid of de territoriale integriteit noodzakelijk en proportioneel te achten.³¹⁵ Op dit punt sluit de jurisprudentie van het EHRM dan weer wel behoorlijk aan bij de benadering van *Siracusa Principle 29*: vooral in zaken waarin sprake is van geweldgebruik of dreiging met geweld acht het Hof het grondrechtenbeperkend staatsoptreden niet alleen vallend binnen het doelcriterium 'bescherming van de nationale veiligheid', maar ook noodzakelijk en proportioneel – en dus gerechtvaardigd – met het oog op dat doel.

Tegelijkertijd moet echter worden opgemerkt dat de jurisprudentie van de ECieRM en het EHRM voorbeelden te zien geeft van zaken in de sfeer van

313 En in sommige gevallen wordt overheids-optreden gericht tegen terroristische of separatistische bewegingen in het geheel niet beoordeeld in het licht van de beperkingsgronden 'national security' of 'territorial integrity', maar alleen onder de grond 'prevention of disorder and crime'.

314 Zie hieromtrent ook het in § 4.6 besproken arrest *Piermont/France*. Mw. Piermont had zich in een vreedzame demonstratie uitgesproken voor onafhankelijkheid van de Franse kolonie Nieuw-Caledonië, maar omdat zij geenszins had aangezet tot gewelddadige activiteiten achtte het Hof de (uitzettings)maatregelen van de Franse regering jegens haar geenszins geoorloofd, ook niet met het oog op de bescherming van de territoriale integriteit.

315 Zie EHRM 8 juli 1999, appl.no. 24735/94 (*Süreç/Turkey No. 3*), § 40 en EHRM 15 juni 2000, appl.no. 25723/94 (*Erdogdu/Turkey*), § 64.

spionage en bespieding door veiligheidsdiensten (de zaken *M/France, Klass/FRG* en *Leander/Sweden*), waarin grondrechtenbeperkend overheidsoptreden ter bescherming van de nationale veiligheid reeds gerechtvaardigd wordt geacht zonder dat sprake is van een (bewezen) daadwerkelijke aantasting van de nationale veiligheid door de betrokkene. De Commissie achtte het in de zaak *M/France* voldoende dat bepaalde activiteiten mogelijkerwijs zouden kunnen uitmonden in een bedreiging voor de nationale veiligheid.³¹⁶ Ook in de EHRM-arresten *Klass/FRG* en *Leander/Sweden* gaat het om optreden door veiligheidsdiensten dat inbreuk maakt op een bepaald grondrecht *ter voorkoming* van een mogelijke situatie die een gevaar zou kunnen opleveren voor de nationale veiligheid.

Dit verschil in benadering is naar mijn mening te verklaren door twee factoren: het gaat om heel verschillende feitelijke situaties en om inbreuken op andere grondrechten. De tamelijk stringente Straatsburgse eis dat sprake moet zijn van een aanzienlijke mate van gevaar voor de nationale veiligheid door de uitoefening van een bepaald grondrecht, wil optreden door de overheid dat een inbreuk op dat recht oplevert inderdaad 'gedekt' kunnen worden door de beperkingsgrond 'national security', is alleen aan de orde bij de zogenaamde politieke vrijheidsrechten: vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vrijheid van vergadering. In gevallen waarin sprake is van een inbreuk op het recht op privacy, het grondrecht dat doorgaans aan de orde is bij overheidsoptreden ter bestrijding van spionage en bij onderzoek door veiligheidsdiensten, wordt de inbreuk in beginsel ook reeds aanvaard als zijnde 'in het belang van de nationale veiligheid' indien de nationale veiligheid nog niet feitelijk bedreigd wordt, maar mogelijkerwijs in gevaar zou kunnen komen. Dat in dergelijke gevallen door de Straatsburgse instanties een minder stringente eis gesteld wordt met betrekking tot de mate van gevaar voor de nationale veiligheid is logisch en onvermijdelijk. Optreden of onderzoek door veiligheidsdiensten is veelal juist (mede) gericht op het voorkómen van situaties die de staatsveiligheid bedreigen of aantasten. Mede vanwege de evenzeer op mensenrechtelijke gronden te verdedigen zorgplicht van de staat voor de nationale veiligheid (zie de hierboven aangehaalde visie van het IAHRM) kan staten in het kader van de bescherming daarvan de mogelijkheid tot het nemen van preventieve maatregelen of het verrichten van preventief onderzoek dat een inbreuk oplevert op de privacy van bepaalde individuen redelijkerwijs niet worden ontzegd. Wel ligt het voor de hand om in een dergelijk geval te eisen dat de mogelijkheid dat de staatsveiligheid in gevaar zou kunnen komen ten minste blijkt uit feitelijke omstandigheden of door specifieke vermoedens of verdenkingen geïndiceerd wordt, anders wordt staten al te makkelijk een vrijbrief gegeven om iedereen aan een veiligheidsonderzoek (en daarmee gepaard gaande privacyinbreuk) te onderwerpen.

316 Zo ook Svensson-McCarthy 1998, p. 186.

5.8.4 Verhouding van de beperkingsgrond 'national security' tot de overige aan de openbare orde gerelateerde beperkingsgronden

De diverse in de bijzondere beperkingsclausules van de mensenrechtenverdragen opgenomen beperkingsgronden kunnen weliswaar van elkaar worden onderscheiden, maar zijn niet strikt te scheiden. Uit de hierboven in kaart gebrachte jurisprudentie blijkt dat de afbakening van de diverse beperkingsgronden niet heel scherp is.³¹⁷ Weliswaar hanteren de internationale toezichthoudende organen een benadering waarin het te beschermen recht ruim geïnterpreteerd wordt en de daarop toegelaten beperkingen juist zeer strikt opgevat worden, maar die benadering uit zich niet in de uitleg van die organen over de reikwijdte van de diverse beperkingsgronden.³¹⁸ De diverse beperkingsgronden overlappen elkaar en sluiten elkaar geenszins uit. In § 5.2 kwam aan de orde dat tijdens het opstellen van de UVRM zelfs zonder meer naar voren gebracht werd dat bescherming van de nationale veiligheid onderdeel uitmaakt van de bescherming van de 'public order' (in de zin van 'ordre public'); toch staan in diverse verdragsbepalingen beide beperkingsgronden opgenomen.

Uit de jurisprudentie ontstaat tevens de indruk dat verdragsstaten in gevallen die raken aan de staatsveiligheid zich ter rechtvaardiging van een door hen gemaakte inbreuk op een bepaald grondrecht ten overstaan van de toezichthoudende organen bij voorkeur niet alleen op de beperkingsgrond nationale veiligheid beroepen, maar ook op één of meer van de overige aan de openbare orde gerelateerde beperkingsgronden. Dit zal allicht te maken hebben met de enigszins 'verdachte' reuk die aan het begrip nationale veiligheid kleeft. De toezichthoudende organen laten de verdragsstaten hiervoor echter ook de ruimte door de beperkingsgronden 'public order/ordre public', 'public safety' en 'prevention of disorder' zo te interpreteren dat deze begrippen een ruime, in sommige gevallen zelfs zeer ruime, strekking krijgen. Die ruime strekking maakt het voor toezichthoudende organen mogelijk om in bepaalde zaken tamelijk 'makkelijk' te zeggen dat bepaald overheidsoptreden 'één of meer' van de door de staat ingeroepen belangen diende (of: beoogde te dienen). Zodoende heeft zich ook nog nimmer een zaak voorgedaan waarbij de toezichthoudende organen zich geplaatst zagen voor de nadrukkelijke keuze tussen (a) het gerechtvaardigd achten van een bepaalde grondrechteninbreuk op grond van de nationale veiligheid óf (b) het in het geheel *niet* gerechtvaardigd achten van die grondrechteninbreuk (omdat die geen van de andere in

317 In die zin kom ik, bijna 30 jaar later, niet tot een andere conclusie dan Alkema in 1976, zij het dat hij zijn conclusie baseerde op Nederlandse jurisprudentie over de beperkingsgronden in de bijzondere beperkingsclausules van het EVRM. Zie Alkema 1976(b), p. 127.

318 Die benadering is wel te herkennen in de gehanteerde noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets.

de beperkingsclausule genoemde 'openbare orde'-belangen zou kunnen dienen).³¹⁹

Met betrekking tot de betekenis en reikwijdte van de overige aan de openbare orde gerelateerde beperkingsgronden valt overigens op dat in de literatuur veelal wordt aangehaakt bij de opvattingen zoals naar voren gebracht door ECieRM en EHRM in de zaak *Engel* (zie § 5.6.3).³²⁰ Uit het feit dat in deze zaak werd beslist dat de beperkingsgrond 'prevention of disorder' (uit artikel 8, 10 en 11 EVRM) meer omvat dan alleen de 'protection of public order' (de beperkingsgrond voorkomend in artikel 9 EVRM en artikel 1 Zevende Protocol), aangezien de eerste beperkingsgrond 'also covers the order that must prevail within the confines of a special social group', wordt doorgaans afgeleid dat 'protection of public order' alleen ziet op de handhaving van de orde in de publieke ruimte (straten, pleinen en andere voor iedereen toegankelijke plaatsen). Dit zou dan betekenen dat de beperkingsmogelijkheden bij artikel 8, 10 en 11 ruimer zijn dan bij artikel 9 EVRM en artikel 1 Zevende Protocol. Het zou ook betekenen dat het begrip 'public order' in het EVRM – anders dan in de UVRM en het IVBPR (zie het betoog van Kiss in § 5.2 *supra*) – dus juist niet de ruime Frans-georiënteerde *ordre public*-betekenis zou hebben en de term 'ordre public', die in de authentieke Franse tekst van het EVRM op de plaats van 'public order' wordt gebruikt, klaarblijkelijk niet de gebruikelijke (ruime) betekenis zou hebben. Deze conclusie laat zich wat moeilijk verenigen met de interpretatieregels van artikel 31 WvV, maar is weer wel te rijmen met de expliciete keuze voor het opnemen van de term 'ordre public' in de Engelse tekst van art. 2 Vierde Protocol.

Wat hier ook van zij, het is maar de vraag of deze uit de zaak *Engel* afgeleide conclusie nog in overeenstemming is met de recentere Straatsburgse jurisprudentie. Er zijn de laatste jaren diverse arresten gewezen waaruit – naar het zich laat aanzien – geconcludeerd moet worden dat de uitleg van de term 'protection of public order' niet (langer) beperkt wordt tot ordehandhaving in de publieke ruimte. In de arresten *Serif/Greece* en *Agga/Greece* werd onder de beperkingsgrond 'public order' ook het belang van de orde binnen een specifieke religieuze gemeenschap begrepen.³²¹ In het arrest *Cha'are Shalom Ve Tsedek/France* werd het ordelijk en vreedzaam naast elkaar leven van religieuze gemeenschappen onder de beperkingsgrond 'public order' gebracht.³²² In de zaak *Dahlab/Suisse* werd het aan een tot de Islam bekeerde onderwijzeres

319 Vgl. Cameron 2000, p. 54.

320 Bijv. Alkema 1978, p. 43-44; Staal 1995, p. 65; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 772.

321 EHRM 15 december 1999, *RJ&D* 1999-IX (*Serif/Greece*), § 53; *AB* 2000, 73 (m.nt. Sewandono) en EHRM 17 oktober 2002, appl.nos. 50776/99 en 52912/99 (*Agga/Greece*), § 55. In beide zaken achtte het Hof de inbreuk overigens weliswaar in het belang van de 'public order', maar niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Het Hof constateerde derhalve een schending van artikel 9 EVRM.

322 EHRM 27 juni 2000, *RJ&D* 2000-VII (*Cha'are Shalom Ve Tsedek/France*), § 84; *AB* 2001, 116 (m. nt. Vermeulen).

op een openbare school opgelegde verbod om tijdens haar werk een hoofdoek te dragen geacht een maatregel te vormen die ten dienste stond van – onder meer – het belang van de ‘public order’: bewaking van de neutraliteit van het openbaar onderwijs is derhalve klaarblijkelijk ook een onderdeel van de bescherming van die ‘public order’.³²³ Op deze wijze krijgt de beperkingsgrond ‘public order’ toch het *passe-partout* karakter waarvoor in het verleden menigmaal gewaarschuwd is.³²⁴

De vraag kan worden gesteld of het ‘erg’ is dat de toezichthoudende organen geneigd zijn om de diverse beperkingsgronden niet scherp van elkaar te scheiden en de beperkingsgronden, met name de aan de openbare orde (in brede zin) gerelateerde beperkingsgronden, ruim te interpreteren, zodat grondrechtenbeperkend optreden veelal meerdere legitieme doelen geacht wordt te dienen. Maakt het iets uit of een bepaalde inbreuk op enig grondrecht nu op de ene of de andere beperkingsgrond wordt gebaseerd? Daar vallen denk ik twee opmerkingen over te maken.

Enerzijds hoeft het ruim oprekken van beperkingsgronden en het toepasselijk achten van meerdere beperkingsgronden tegelijkertijd niet zonder meer een probleem te zijn voor het beschermingsniveau van de in het geding zijnde grondrechten, aangezien dat beschermingsniveau hoofdzakelijk wordt bepaald door de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. Er zou alleen een risico kunnen bestaan indien de toepasselijkheid van de ene of de andere beperkingsgrond consequenties zou hebben voor de wijze en met name de intensiteit van de toetsing door de toezichthoudende organen. Op dit punt kom ik hieronder nog terug.

Anderzijds werkt het ‘bijeenvoegen’ van beperkingsgronden naar mijn gevoel een zekere nonchalance in de hand met betrekking tot de beoordeling door de toezichthoudende organen of het overheidsoptreden daadwerkelijk de aangevoerde legitieme doelen dient. In veel van de hierboven behandelde zaken achtten ECieRM en EHRM het voldoende dat de overheid met een beperkende (maat)regel de verwezenlijking van een legitiem doel *beoogde*. Het oordeel van de toezichthoudende organen wordt op die wijze afhankelijk gemaakt van het *subjectieve* oogmerk van de overheid. Het ‘nut’ of ‘de toegevoegde waarde’ van de doelcriteria binnen de bijzondere beperkingsclausules vervaagt hierdoor. Met onder meer Vermeulen,³²⁵ zou ik het juister achten indien de toezichthoudende organen zouden beoordelen of de betreffende grondrechtenbeperkende (maat)regel ‘naar *objectieve* maatstaven aan het aan

323 EHRM 15 februari 2001 (ontv. besl), appl. no. 42393/98 (Dahlab/Suisse). De inmenging in de godsdienstvrijheid werd in deze zaak tevens geacht in het belang te zijn van de ‘bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’ (begrijpelijk) en de ‘openbare veiligheid’ (bizar!).

324 Zie o.m. Alkema 1976, p. 127; Staal 1995, p. 67.

325 Zie zijn noot onder AB 2001, 116. Vgl. Svensson-McCarthy 1998, p. 188-189: ‘[S]tates should not be allowed to rely on *their* own understanding of national security in order to justify limitations on human rights.’

het bereiken of dichterbij brengen van het doel dienstig is': kan de maatregel daadwerkelijk het aangevoerde doel dienen?

Ook een deel van de rechters in het EHRM lijkt een wat kritischer houding met betrekking tot de beoordeling van het legitieme doel van grondrechten-inbreuken, misschien wel specifiek als het gaat om het doelcriterium 'bescherming van de nationale veiligheid', gewenst te achten. Dit komt naar voren in de *concurring opinion* van de president van het Hof, Wildhaber, bij het arrest *Rotaru/Romania* uit 2001. Het Hof concludeerde in dit arrest dat de Roemeense wetgeving met betrekking tot het verrichten van onderzoek en verzamelen van persoonsgegevens niet voldeed aan het voorzienbaarheids criterium (zie § 5.6.2 *supra*). Aangezien de inbreuk op het privé-leven van verzoeker zodoende niet 'bij wet voorzien' was, kwam het Hof niet meer toe aan de vraag of de inbreuk een legitiem doel nastreefde, noch of ze nodig was in een democratische samenleving om dat doel te bereiken. Wildhaber betreurde dit en werd daarin bijgevallen door zes collega-rechters. Zij wensten te benadrukken dat de inbreuk op het privé-leven in de betreffende casus geen legitiem doel diende: het willekeurig opslaan van informatie over individuen kan men niet zonder meer in verband brengen met de bescherming van de nationale veiligheid.³²⁶ Vooralsnog geeft de jurisprudentie na 2001 echter nog niet echt blijk van een 'herwaardering' door het Hof van de doelcriteria uit de beperkingsclausules.

Met betrekking tot nationale-veiligheidsbelangen bevatten de *Johannesburg Principles* twee bepalingen die verwijzen naar dergelijke objectieve maatstaven en daaraan inhoud proberen te geven, te weten *Principle 1.2* en *Principle 2*:

'Principle 1.2: Protection of a Legitimate National Security Interest

Any restriction on expression or information that a government seeks to justify on grounds of national security must have a genuine purpose and demonstrable effect of protecting a legitimate national security interest.

(...)

Principle 2: Legitimate National Security Interest

(a) A restriction [op de uitingsvrijheid – JPL] sought to be justified on the ground of national security is not legitimate unless its genuine purpose and demonstrable effect is to protect a country's existence or its territorial integrity against the use or threat of force, or its capacity to respond to the use or threat of force, whether from an external source, such as military threat, or an internal source, such as incitement to violent overthrow of the government.

(b) In particular, a restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate if its genuine purpose or national security is not legitimate if its genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security, including, for example, to protect a government from embarrass-

326 EHRM 4 mei 2000, *RJ&D 2000-V* (Rotaru/Romania), Concurring opinion of judge Wildhaber, joined by judges Makarczyk, Türmen, Costa, Tulkens, Casadevall and Weber.

ment or exposure of wrongdoing, or to conceal information about the functioning of its public institutions, or to entrench a particular ideology, or to suppress industrial unrest.'

5.8.5 Consequenties van toepasselijkheid van de beperkingsgrond 'national security' voor de intensiteit van de toetsing door de internationale toezichthoudende organen

Het oprekken of ruimhartig interpreteren van bepaalde beperkingsgronden zou een risico kunnen opleveren indien de toepasselijkheid van de ene of de andere beperkingsgrond consequenties zou hebben voor de wijze en intensiteit van de toetsing door de toezichthoudende organen. Het zeer ruimhartig interpreteren van de beperkingsgrond 'national security' in het EHRM-arrest *Grande Oriente/Italy* heb ik in dit verband hierboven als 'bedenkkelijk' aangeduid. Het oprekken van het concept nationale veiligheid zou namelijk kunnen leiden tot een minder intensieve toetsing door het EHRM. Svensson-McCarthy merkt hierover op:

'In cases involving questions of national security and prevention of disorder, the Commission and the Court have consistently admitted that the High Contracting Parties have a certain, albeit not unlimited, discretion at their disposal in determining *both* whether there is a legitimate pressing social need that may justify limitations on the exercise of human rights *and* whether the disputed measures are proportionate to their legitimate aim. This discretion has actually been *wide* in connection with restrictions based on alleged national security interests, with the Commission and the Court being reluctant to examine in depth the arguments of the Contracting States.'³²⁷

In het algemeen heeft het EHRM in zijn jurisprudentie³²⁸ benadrukt dat er drie redenen zijn om de verdragsstaten een zekere beleidsvrijheid te gunnen ten aanzien van de wijze waarop zij hun verplichtingen onder het EVRM naleven: het subsidiaire karakter van de van het Straatsburgse toezichtmechanisme ten opzichte van de nationale systemen van mensenrechtenbescherming; de gedachte dat de nationale autoriteiten in beginsel in een betere positie verkeren dan het Hof (en de Commissie) om een oordeel te geven over de noodzaak van grondrechtenbeperkende maatregelen en over het gewicht van de belangen en omstandigheden die in het geding zijn, omdat zij in direct en voortdurend contact staan met het maatschappelijk krachtenveld in hun land; en de afwezigheid van zogenaamde 'common European standards'. Cameron voegt hier aan toe dat de *margin of appreciation* ook gezien kan worden als een

³²⁷ Svensson-McCarthy 1998, p. 187.

³²⁸ In het bijzonder in de arresten Bozano (§ 58) en Handyside (§ 48). Zie hierover Schokkenbroek 1996, p. 204-206.

erkenning door het Hof van zijn 'limited ability to penetrate the legal culture of the state', om vervolgens te stellen dat '[w]ith the exception of emergency powers, there is no other area of the Convention in which these four reasons are more compelling than the area of national security'.

Inderdaad wordt ook in vele van de in dit hoofdstuk besproken uitspraken benadrukt dat verdragsstaten in kwesties met betrekking tot 'national security' een ruime *margin of appreciation* gelaten moet worden. Ook bevat de jurisprudentie indicaties dat bij regelgeving ter bescherming van de nationale veiligheid logischerwijs minder strikte eisen dienen te gelden ten aanzien van de voorzienbaarheid van de inbreuken op de persoonlijke levensfeer die uit die wetgeving (kunnen) voortvloeien.³²⁹

Toch betekent het toepasselijk achten van de beperkingsgrond 'national security' niet *automatisch* dat door de toezichthoudende organen ook een zeer ruime *margin of appreciation* aan de verdragsstaten wordt gelaten en dus een 'terughoudender' noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets wordt uitgevoerd. Naast de toepasselijkheid van de beperkingsgrond 'national security' wordt de omvang van de *margin of appreciation* ook door andere factoren beïnvloed.

Ten eerste is de omvang van de *margin of appreciation* afhankelijk van het type bedreiging voor de nationale veiligheid. Vooral in gevallen waarin de nationale veiligheid bedreigd wordt door organisaties die geweld gebruiken, door uitingen die oproepen tot geweld of door handelingen in de sfeer van spionage of door (dreigende) openbaarmaking van staatsgeheimen, benadrukken de toezichthoudende organen een zeer ruime *margin of appreciation*. Ten tweede is er een relatie tussen de aanwezigheid van nationale controlemechanismen ten aanzien van grondrechtenbeperkend overheidsoptreden met het oog op de nationale veiligheid en de intensiteit van het internationale toezicht: als op nationaal niveau niet of nauwelijks controle aanwezig is, dient het internationale toezicht indringender te zijn.³³⁰ Ten derde is de omvang van de *margin of appreciation* afhankelijk van het in het geding zijnde grondrecht en de ernst van de inbreuk daarop. In de diverse Turkse partijverboden-zaken verwijzen de Straatsburgse instanties soms wel naar een ruime *margin of appreciation* die staten toekomt in nationale-veiligheidskwesties, maar benadrukken zij met nog meer kracht dat bij dergelijke ernstige inbreuken op de verenigingsvrijheid van politieke partijen een zeer stringente internationale noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets past. Er is in die zaken in het geheel geen sprake van een terughoudende toetsing. Daarentegen stellen de ECieRM (expliciet) en het EHRM (impliciet) in de zaak *Leander/Sweden* dat, nu het in die zaak *zowel* gaat om een (niet zeer ingrijpende) inbreuk op het recht op privacy *als* om een maatregel in het kader van de bescherming van de nationale

329 EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (*Leander/Sweden*), § 51; zie *supra* § 5.6.2.

330 Zie *supra* § 5.5, m.n. het aldaar besproken oordeel van het VN-Mensenrechtencomité in de zaak *Kim/Republic of Korea*.

veiligheid, een ruime *margin of appreciation* aan de betrokken staat moet worden gegund. Beide elementen tezamen (privacy + 'national security') leiden tot de conclusie van een ruime beoordelingsmarge voor de staat.³³¹

De gedifferentieerde hantering van de *margin of appreciation* door het EHRM in zaken met betrekking tot nationale-veiligheidsaangelegenheden zoals deze naar voren komt uit de in dit hoofdstuk onderzochte jurisprudentie is toe te juichen. Een benadering van het Hof die eruit zou bestaan dat bij het invoeren van het belang van de nationale veiligheid door een verdragsstaat ter rechtvaardiging van bepaalde inbreuken op EVRM-rechten inderdaad automatisch en zonder meer zou leiden tot het aanwezig achten van een ruime beoordelingsvrijheid voor die staat ten aanzien van de noodzaak en proportionaliteit van de inbreukmakende maatregelen zou naar mijn mening op gespannen voet staan met de taak van het Hof, op grond van artikel 19 EVRM, de nakoming van de verdragsverplichtingen door de verdragspartijen te verzekeren. Deze opdracht laat geen ruimte voor een 'rekelijker' toetsingsmaatstaf vanwege het enkele feit dat een bepaalde verdragsstaat zich beroept op de nationale veiligheid.

In het verlengde hiervan en in relatie tot situaties zoals in de zaak *Leander* (persoonsonderzoek door veiligheidsdiensten bij bepaalde 'veiligheidsfuncties') kan ook worden gediscussieerd over de vraag in hoeverre individuen afstand kunnen doen van hun recht op privacy en of het solliciteren op een veiligheidsfunctie niet impliceert dat de betreffende sollicitant inderdaad (in een bepaalde mate) afstand heeft gedaan van zijn recht op bescherming van zijn privacy, zodat toetsing aan artikel 8 EVRM helemaal niet meer aan de orde zou zijn. Cameron merkt hierover, naar mijn mening terecht, op:

'The Convention permits waiver of certain rights, under certain circumstances (e.g. to access to a court, where an arbitration clause has been previously freely agreed). However, I think it would be wrong to allow waiver as regards vetting because the waiver is forced: the applicant either accepts it or has no chance of getting the job. Besides, by accepting that a security check will be made, one is not consenting to a nullification of all rights of appeal against a negative decision. The individual affected still has the right to expect that the screening system operates in accordance with proper safeguards.'³³²

Ik voeg hier overigens aan toe dat deze zelfde redenering zou kunnen opgaan voor bepaalde situaties waarin d.m.v. een arbitrageclausule in een contract 'vrijwillig' afstand is gedaan van recht op toegang tot de rechter. Het is denkbaar dat arbitrageclausules op een bepaald handelsterrein zo algemeen worden gehanteerd dat van vrijwilligheid eigenlijk geen sprake is: een bepaald product of bepaalde dienst kan alleen worden verkregen door akkoord te gaan met

331 Schokkenbroek 1996, p. 162 (voetnoot 370) en 207 (voetnoot 173).

332 Cameron 2000, p. 189

een arbitragebeding. Ook in dergelijke situaties zou een toets of de arbitrageprocedure dan wel voldoet aan 'proper safeguards' op zijn plaats zijn.

Hetzelfde principe zou naar mijn mening ook moeten gelden in andere gevallen waarin een persoon, door het aangaan van een bepaalde rechtsbetrekking (bijvoorbeeld het bekleden van een militaire functie), 'afstand doet van zijn grondrechtenbescherming' of althans bijzondere beperkingen ten aanzien van de uitoefening van sommige grondrechten accepteert. Voorbeelden van dergelijke gevallen zagen we ook in de in dit hoofdstuk besproken EHRM-jurisprudentie: het arrest *Hadjianastassiou* (zie § 5.6.1) en het *Engel*-arrest (zie § 5.6.3). Deze zaken bieden mijns inziens steun voor mijn standpunt, want hierin kwam het Hof weliswaar tot het oordeel dat de vrijwillige keuze voor een militaire functie bepaalde specifieke beperkingen ten aanzien van de uitoefening van bepaalde grondrechten met zich kan brengen, maar werden de in beide casus opgelegde beperkingen vervolgens wel getoetst aan de vereisten van de betreffende EVRM-beperkingsclausule (die van artikel 10). De 'afstand van recht' betekende in deze beide zaken dus niet dat geen toetsing aan de relevante grondrechten meer plaatsvond. In het recentere EHRM-arrest *Kalaç* (uit 1997), besproken in § 5.7.1 en ook reeds aangestipt in § 4.7.2, was dit echter anders: de vrijwillige keuze van de betreffende klager voor een militaire loopbaan en de daaraan inherente beperkingen ten aanzien van de uitoefening van bepaalde grondrechten maakten dat het Hof het door klager ingeroepen grondrecht (de godsdienstvrijheid) in het geheel niet in het geding achtte en dus ook niet toetste aan de beperkingsclausule van het relevante EVRM-artikel. Het op deze wijze 'ontlopen' van een inhoudelijke toetsing door het Hof, al zou dat wellicht slechts een marginale proportionaliteitstoets zijn, vind ik laakbaar.³³³

5.8.6 Nationale veiligheid, uitingsvrijheid en het criterium 'aanzetten tot geweld'

Bij de bespreking en analyse van de Straatsburgse jurisprudentie over het verbieden of bestraffen van bepaalde uitingen met het oog op de bescherming van de staatsveiligheid kwam naar voren dat de vraag of uitingen aanzetten tot het gebruik van geweld tegen individuele overheidsfunctionarissen, tegen het overheidsapparaat in zijn geheel of tegen andere burgers een centrale rol speelt. Het criterium 'aanzetten tot geweld' is niet alleen in Europees verband de hoofdmaatstaf bij de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een inbreuk op de uitingsvrijheid. De Inter-Amerikaanse Commissie voor de

333 Vgl. Cameron 2000, p. 437, die het arrest *Kalaç* kenschetst als de enige 'really bad decision on the merits' op het terrein van nationale veiligheid in de jaren 90. Overigens gaf ik in § 5.7.1 *supra* wel een mogelijke reden voor dit ontwijken van toetsing aan de beperkingsclausule van artikel 9 EVRM aan.

Rechten van de Mens nam – in het kader van een bespreking van de verenigbaarheid met het AVR van nationale strafbepalingen die laster en belediging van overheidsfunctionarissen, bestuurders en politici verboden – het standpunt in dat alleen uitingen die waarschijnlijk zullen resulteren in onwettig geweld strafbaar gesteld mogen worden:

‘[P]articularly in the political arena, the threshold of state intervention with respect to freedom of expression is necessarily higher because of the critical role political dialogue plays in a democratic society. The Convention requires that this threshold be raised even higher when the State brings to bear the coercive power of its criminal justice system to curtail expression. Considering the consequences of criminal sanctions and the inevitable chilling effect they have on freedom of expression, criminalization of speech can only apply in those exceptional circumstances where there is an obvious and direct threat of lawless violence.’³³⁴

Ook de *Special Rapporteurs* inzake vrijheid van meningsuiting van de VN-Subcommissie ter voorkoming van discriminatie en bescherming van minderheden, Türk en Joinet, kwamen in hun eindrapport tot een vergelijkbaar standpunt, daarbij aanhakend bij de ‘clear and present danger’-test uit de jurisprudentie van het *US Supreme Court*. Zij beschouwen het opleggen van vrijheidsstraffen vanwege bepaalde uitingen als een disproportionele sanctie, behalve ‘in wholly exceptional cases in which there is a clear and present danger of violence’³³⁵

Ten opzichte van de formule ‘obvious and direct threat of violence’ en de formule ‘clear and present danger of violence’ benadrukt *Johannesburg Principle 6* meer expliciet dat sprake moet zijn van een *opzet* tot het veroorzaken van geweld:

‘[E]xpression may be punished as a threat to national security only if a government can demonstrate that: (a) the expression is *intended to incite imminent violence* [cursivering JPL]; (b) it is likely to incite such violence; and (c) there is a direct and immediate connection between the expression and the likelihood or occurrence of such violence.’³³⁶

Coliver stelt dat het niet geheel duidelijk is of de formule ‘obvious and direct threat of violence’ van de IACieRM net zo streng is als de formule ‘intended to incite imminent violence’ van *Johannesburg Principle 6*. Zij acht het denkbaar dat ‘a “direct threat” of violence could be satisfied by speech that is likely to *provoke violence by a hostile crowd or lead to violence unintentionally* [laatste

334 *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994*, p. 211

335 VN-doc E/CN.4/Sub.2/1992/9 (14 juli 1992), § 77.

336 De ‘clear and present danger’-test omvat in de jurisprudentie van het *US Supreme Court* de eis dat het moet gaan om een uiting ‘directed to inciting or producing imminent lawless action’. Zie o.m. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

cursivering JPLJ'. In hoeverre de Straatsburgse jurisprudentie ruimte laat voor het verbieden of bestraffen van uitingen die onbedoeld of onopzettelijk aanzetten tot geweld is niet helemaal duidelijk. Het arrest *Zana* lijkt uit te gaan van een soort 'voorwaardelijk opzet'-concept: als onder bepaalde zeer gespannen omstandigheden bepaalde woorden worden gehanteerd die al te makkelijk de lont in het kruitvat kunnen doen slaan, ook al zijn ze niet specifiek bedoeld om dit te laten gebeuren, kan de inbreuk op de uitingsvrijheid die beoogt dit te voorkomen of te bestraffen gerechtvaardigd zijn.³³⁷ Andere EHRM-arresten lijken sterker te neigen naar de eis dat het verbieden of bestraffen van uitingen alleen is toegestaan indien de betreffende uitingen duidelijk bedoeld zijn om aan te zetten tot geweld.³³⁸

5.8.7 Ten slotte

Met betrekking tot het doelcriterium nationale veiligheid in de beperkingsclausules opgenomen in de algemene mensenrechtenverdragen biedt de jurisprudentie van het EHRM (en de ECieRM) de meeste aanknopingspunten voor het trekken van conclusies. Cameron concludeerde in 2000, naar aanleiding van zijn zeer uitvoerige onderzoek (dat breder van opzet was dan het bovenstaande hoofdstuk), dat het EHRM in de loop van de tijd – vooral in de periode na 1990 – 'strenger' lijkt te zijn geworden in zijn beoordeling van kwesties die gerelateerd zijn aan de staatsveiligheid, in die zin dat de aan de verdragsstaten toekomende *margin of appreciation* bij nationale-veiligheidsaangelegenheden werd ingeperkt:

'Increased scepticism towards government claims as to the necessity for interferences is evident in a number of cases, e.g. *Observer and Guardian v. UK*, (...) *Vogt v. Germany*, *Chahal v. UK* (...), *Sidiropoulos v. Greece and the Turkish freedom of expression and association cases*. (...) The Court's case law on killings by security forces, beginning with *McCann v. UK* has shown that it is not afraid of laying down standards in even controversial areas. Above all, it is made clear that the margin of appreciation in national security issues is no longer *uniformly wide*. In some

337 EHRM 25 november 1997, *RJ&D 1997-VII (Zana/Turkey)*, § 59-60. Zie § 5.6.5 *supra*. Vgl. voor een situatie waarin de vraag rees of een 'voorwaardelijk opzet'-constructie ook toegepast zou kunnen worden t.a.v. toepassing van art. 137d van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht mijn noot bij HR 9 januari 2001, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 741-753 (zaak-Van Dijke) en de gezamenlijke noot van M.E. de Haseth, K.R. Starreveld en mijzelf bij Rb. Rotterdam 8 april 2002, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 1012-1019 (zaak-El Moumni).

338 Zie m.n. EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (*Sürek and Özdemir/Turkey*), § 30. Daarbij zij opgemerkt dat in § 5.6.5 *supra* alleen jurisprudentie onderzocht is waarin de beperking van de uitingsvrijheid gerelateerd was aan (onder meer) de bescherming van de nationale veiligheid. In hoeverre de grote reeks arresten over de uitingsvrijheid waarin een ander doelcriterium uit de beperkingsclausule aan de orde is, mogelijkerwijs een ander licht op de zaak werpt, heb ik niet onderzocht.

matters, the Court states explicitly that there is no margin at all (Chahal v. UK, as regards Article 3).³³⁹

Inderdaad geeft de Straatsburgse jurisprudentie op enkele punten opvallende verschuivingen te zien. Zo is de benadering ten aanzien van de bescherming van het privéleven van militairen zoals die naar voren komt uit de arresten *Lustig-Prean and Becket/UK* en *Smith and Grady/UK* beduidend ruimhartiger (voor de betrokken klagers), dan in eerdere ontvankelijkheidsbeslissingen van de ECieRM.³⁴⁰ Waar de veroordeling van Arrowsmith wegens haar pacifistische oproepen aan militairen nog gerechtvaardigd werd geacht, ligt in de recentere arresten tegen Turkije over publicatieverboden en bestraffing wegens publicaties over de 'Koerdische kwestie' de maatstaf veel nadrukkelijker bij het 'aanzetten tot geweld'. In de arresten over de Turkse staatsveiligheidsrechtbanken wordt de eis van objectieve onafhankelijkheid voortvloeiend uit artikel 6 EVRM zeer strikt gehanteerd. Als het gaat om de uitzetting van vreemdelingen om nationale-veiligheidsredenen zijn de eisen voor de feitelijke onderbouwing van de aanwezige veiligheidsrisico's en de mogelijkheden voor de rechter – of althans een onafhankelijke autoriteit met voldoende mogelijkheden tot het nemen van een bindende beslissing – om deze te toetsen geëxpliciteerd (zie o.m. het arrest *Al-Nashif/Bulgaria*).

Anderzijds wordt duidelijk dat het EHRM bereid is om bij de bepaling van de omvang van de *margin of appreciation* nadrukkelijk rekening te houden met specifieke omstandigheden in bepaalde verdragsstaten, zoals de omschakeling van een totalitair naar een democratisch regeerstelsel (zie het arrest *Rekvényi/Hungary*) of de strijd tegen terroristische groepen (zie de zaak *Zana/Turkey*), waardoor soms uitspraken voorkomen die enigszins afwijken van de algemene jurisprudentiële lijnen.

Aan het slot van § 5.3 wierp ik de vraag op of de reikwijdte c.q. interpretatie van het begrip 'national security' zoals gehanteerd door Kiss en ook terugkerend in de *Siracusa Principles* niet een te sterke koppeling legde naar situaties van gebruik van of bedreiging met geweld door buitenlandse mogendheden en aantastingen van de territoriale integriteit. In § 5.4 gaf ik – in navolging van Cameron – reeds aan dat de ontwikkelingen in de statenpraktijk met betrekking tot 'national security' zodanig zijn dat een visie die bedreigingen van de nationale veiligheid beperkt tot situaties van geweldsdreiging of aantasting van de territoriale integriteit niet langer als redelijk kan worden beschouwd. Verder bleek uit de in dit hoofdstuk onderzochte jurisprudentie, met name die van de ECieRM en het EHRM, dat het doelcriterium 'protection of national security' ook als grondslag voor grondrechtenbeperkingen wordt geaccepteerd in situaties waarin geenszins van gebruik van of dreiging met geweld sprake is (zie § 5.7.3).

339 Cameron 2000, p. 437. Nicol 1996, p. 44, komt tot een vergelijkbare conclusie.

340 Zie *supra* § 5.6.3.1.

Daar staat tegenover dat een ruime opvatting ten aanzien van de interpretatie van het begrip 'national security' risico's kan inhouden, met name omdat daardoor bijvoorbeeld de scheiding tussen bestrijding van 'gewone' ernstige criminaliteit en activiteiten die de staatsveiligheid bedreigen makkelijk kan vervagen en een 'nationale-veiligheidscontinuüm' ontstaat dat resulteert in een regime dat ongerechtvaardigd restrictief is ten aanzien van de uitoefening van allerhande grondrechten. Vanuit dit perspectief stelt bijvoorbeeld Coliver in haar toelichtend commentaar op de *Johannesburg Principles* dat beperkingen op de uitingenvrijheid in het kader van de bestrijding van terrorisme niet gerechtvaardigd kunnen worden onder de beperkingsgrond 'protection of national security'. Dergelijke maatregelen kunnen wel vallen onder andere doelcriteria, zoals 'prevention of crime or disorder'. Zij geeft aan dat de opstellers van de *Principles* van mening waren dat het rechtvaardigen van 'national security restrictions on the ground of terrorist threats, regardless of how defined, would open too wide an avenue for abuse'.³⁴¹

In het licht van de historische voorbeelden van misbruik van nationale-veiligheidsargumenten door staten ter onderbouwing van grondrechtenbeperkende maatregelen in situaties die naar objectieve maatstaven niet als een bedreiging van de nationale veiligheid konden worden beschouwd, valt deze opvatting te verklaren. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat de betekenis van een restrictieve interpretatie van het doelcriterium 'national security' zeer beperkt is, indien grondrechtenbeperkingen in het kader van terrorismebestrijding wel gerechtvaardigd kunnen worden onder een of meer andere doelcriteria. De restrictieve interpretatie van 'national security' zou alleen een duidelijke materiële betekenis hebben indien de jurisprudentie zou aantonen dat door de internationale toezichthoudende organen onder het doelcriterium 'national security' doorgaans ingrijpendere inbreuken op grondrechten gerechtvaardigd worden geacht dan onder de andere doelcriteria. Voor een dergelijke stelling bevat de jurisprudentie echter geen aanknopingspunten. Met het EHRM-arrest *Leander/Sweden* in de hand zou nog kunnen worden opgemerkt dat het wettigheidsbeginsel – althans de daarvan deel uitmakende voorzienbaarheidseis – bij beperkingen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid wat minder strikt wordt gehanteerd. In latere EHRM-jurisprudentie is de voorzienbaarheidseis echter ook voor regelgeving in de sfeer van de nationale veiligheid aangescherpt en is duidelijk gemaakt dat de toetsing aan deze eis kan verschillen naar gelang de in het geding zijnde staatsveiligheidskwestie. Ten aanzien van de toetsing aan het noodzakelijkheids- en proportionaliteitscriterium (en de daarbij aan de staat toekomende *margin of appreciation*) blijken uit de in dit hoofdstuk onderzochte jurisprudentie³⁴² geen duidelijke verschil-

341 Coliver 1998, p. 22.

342 Zoals ik in § 4.7.3 aangaf, is de *margin of appreciation*-doctrine in de jurisprudentie van het IAHRM en het VN-Mensenrechtencomité sowieso niet aan de orde. M.b.t. de in dit hoofdstuk onderzochte Straatsburgse jurisprudentie past natuurlijk de kanttekening dat ik

len tussen beperkingen gebaseerd op de bescherming van de nationale veiligheid en beperkingen gebaseerd op andere doelcriteria, zeker gezien de neiging van de toezichthoudende organen om een bepaalde beperking veelal onder meerdere doelcriteria te accepteren.

hoofdzakelijk die jurisprudentie heb bestudeerd waarin het doelcriterium 'national security' aan de orde was en zeker geen totaaloverzicht heb gegeven van (de omvang) van grondrechtenbeperkingen die o.g.v. andere doelcriteria toelaatbaar worden geacht. Als echter gekeken wordt naar de Turkse uitingsvrijheidzaken die betrekking hebben op (pers)publicaties over de 'Koerdische kwestie', dan wordt duidelijk dat de Turkse regering de beperkingen van de uitingsvrijheid soms baseert op de nationale veiligheid en soms op andere gronden (bijv. 'prevention of disorder or crime'). Voor de in het ogen van het EHRM toelaatbare omvang van die beperkingen maakt het geen verschil welke beperkingsgrond door de staat wordt ingeroepen.