



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Loof, J.P.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

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

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

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

DEEL III

Het belang van de staatsveiligheid als grond
voor de opschorting van verplichtingen
voortvloeiend uit de mensenrechtenverdragen

6 | Geschiedenis en karakter van de opschortingsmogelijkheid

6.1 OPSCHORTING VAN MENSENRECHTENBESCHERMING: TERMINOLOGIE

Bijna alle rechtssystemen voorzien in opschorting of beperking van bepaalde mensenrechten in tijd van oorlog of een andere noodsituatie. Dit geldt niet alleen voor de nationale rechtsstelsels, maar ook voor de internationale mensenrechtenverdragen. Expliciete bepalingen over opschorting van mensenrechten tijdens noodtoestanden komen voor in het EVRM (artikel 15), het ESH (artikel 30), het IVBPR (artikel 4) en het AVRVM (artikel 27).¹ Vanwege het feit dat deze bepalingen een wettelijke regeling beogen te bieden voor een situatie die in de statenpraktijk als zeer precair wordt aangemerkt, namelijk het herstellen van gezag en orde en overwinnen van een noodsituatie met inachtneming van voldoende respect voor de grond- en mensenrechten van individuen, worden deze bepalingen wel aangemerkt als 'de hoeksteen' van het internationale systeem tot bescherming van de rechten van de mens.²

In de hoofdstukken 6 tot en met 9 richt ik mij op een analyse van deze 'opschortingsbepalingen'. Deze analyse geschiedt vanuit het perspectief van de vraag naar de toepasselijkheid en 'bruikbaarheid' van de opschortingsbepa-

1 Diverse verdragen gesloten in het kader van de International Labour Organisation (ILO) bevatten eveneens bepalingen m.b.t. mogelijkheden tot afwijking van de verdragsverplichtingen gedurende noodtoestanden. Zie in het bijzonder de ILO-verdragen No. 29 (uit 1930) en No. 105 (uit 1957), beide met bepalingen over het tegengaan c.q. uitbannen van gedwongen arbeid. Deze laat ik in dit hoofdstuk buiten beschouwing. Ze worden uitvoerig besproken in Svensson-McCarthy 1998, p. 326-366.

2 Zie o.m. de opmerkingen van Prado Vallejo, lid van het VN-Mensenrechtencomité, in CCPR/C/SR.351 (1982), p. 8, § 32; VN-Mensenrechtencomité *General Comment No. 29*, VN Doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11 (31 augustus 2001), § 1 en het voorwoord van Abi-Saab in Svensson-McCarthy 1998, p. V. McGovern 1973, p. 230, stelt: 'From the point of view of human rights those occasions [de zaken waarin een beroep gedaan werd op art. 15 EVRM – JPL] have been ones of critical and often dramatic importance; just as the power of arbitrary imprisonment is the cornerstone of tyranny, so the limitations on this power form a large part of the foundations of democracy. If the mechanism of the Convention is to operate effectively in this crucial area, the concepts which are adapted must be subject of continuing analysis.' Hartman 1985, p. 90-91, geeft twee redenen voor het essentiële belang van deze bepalingen: 'As a practical matter, the gravest and most widespread abuses of human rights occur under emergency regimes, in all regions and political systems. As a theoretical matter, doctrines of national security propound the most powerful rationales for the objectification and control of human beings, in a manner inimical to ten concepts of human dignity which lie at the core of the international law of human rights.'

lingen voor (West-)Europese staten die zich willen weren tegen gewelddadige terroristische aanslagen en andere activiteiten van groeperingen of personen die een bedreiging vormen voor de staatsveiligheid. Deze benadering brengt in de eerste plaats met zich dat ik mij concentreer op de verdragen die voor deze staten het meest relevant zijn, te weten het EVRM en het IVBPR.³ Andere verdragen komen slechts aan de orde indien deze opvallende verschillen vertonen of een interpretatie van bepaalde clausules hebben opgeleverd die ook van nut kan zijn voor een goed begrip van de opschortingsbepalingen in het EVRM en IVBPR.⁴

Een tweede consequentie van de gekozen benadering is dat ik niet heel uitvoerig stil zal staan bij de totstandkomingsgeschiedenis van de opschortingsbepalingen. Deze komt her en der in dit hoofdstuk wel aan de orde, maar is binnen het gekozen perspectief van ondergeschikt belang.⁵ Evenmin zal ik mij specifiek richten op de vraag of aan (bepaalde onderdelen van) de in de opschortingsbepalingen neergelegde normen de status van volkenrechtelijk gewoonterecht of *ius cogens* moet worden toegekend. Ook hiervoor geldt dat dit punt op diverse plaatsen in dit hoofdstuk wel ter sprake zal komen, maar dat het geen bijzondere relevantie heeft. De status van volkenrechtelijk gewoonterecht of *ius cogens* is vooral van belang voor de toepassing van de normen op staten die geen partij zijn bij de mensenrechtenverdragen en alle (West-)Europese staten zijn dat wel.⁶

De opschortingsbepalingen bieden de verdragsstaten de mogelijkheid om in tijd van oorlog of in geval van een andere algemene noodtoestand af te wijken van de verplichtingen die het betreffende verdrag oplegt. Hoewel in dit verband algemeen de term 'opschorting van mensenrechten' gebezigd wordt, komt deze niet voor in de betreffende bepalingen. In de bepalingen zelf is sprake van de mogelijkheid tot het opschorten of (tijdelijk) afwijken

3 Uiteraard is het ESH ook een Europees verdrag, dat dus voor Europese staten relevant is. Onder het ESH is echter geen 'jurisprudentie' met betrekking tot de opschorting van verdragsverplichtingen vanwege een noodtoestand.

4 Vgl. Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 490. In hun commentaar op art. 15 EVRM merken zij op dat de opschortingsbepalingen in de diverse mensenrechtenverdragen dermate grote overeenkomsten vertonen, dat de toetsingspraktijk onder het IVBPR en het AVRVM 'is potentially more useful in the interpretation of Article 15 than anywhere else in the European Convention'. Bij mijn vergelijking betrek ik overigens niet de opschortingsbepalingen die opgenomen zijn in het Arab Charter on Human Rights, zoals vastgesteld door de Liga van Arabische Staten in september 1994, en de Conventie inzake de rechten van de mens van het Gemenebest van Onafhankelijke Staten (GOS) uit mei 1995. De voorwaarden die beide verdragen verbinden aan de mogelijkheid om gedurende een noodtoestand af te wijken van de verdragsverplichtingen zijn minder strikt dan die onder het IVBPR en EVRM. Zie hierover Svensson-McCarthy 1998, p. 196-198.

5 Bovendien is de totstandkomingsgeschiedenis van de opschortingsbepalingen in EVRM, IVBPR en AVRVM reeds uitvoerig in kaart gebracht door Svensson-McCarthy in 1998.

6 In de studie van Oraá uit 1992 staat de vraag naar de gewoonterrechtelijke status van diverse clausules uit de opschortingsbepalingen wel centraal, juist vanwege de toepasbaarheid van die normen op staten die bij geen enkel mensenrechtenverdrag partij zijn.

van de verdragsverplichtingen. Het kopje boven artikel 27 AVRМ (dat deel uitmaakt van de officiële verdragstekst) spreekt echter wel van ‘suspension of guarantees’, evenals het tweede lid van dit artikel: ‘The foregoing provision does not authorise any suspension of ...’.⁷ Als in deze studie, min of meer gemakshalve, de term ‘opschorting van grondrechten’ wordt gehanteerd, dient hierbij bedacht te worden dat die opschorting niet zozeer betekent dat de burgers hun grondrechten tijdelijk ‘kwijt zijn’; dit zou ook niet te rijmen zijn met het onvervreembare karakter van de grondrechten.⁸ Het gaat dus eigenlijk niet om het opschorten van (de inhoud van) de grondrechten, maar om de opschorting – gedurende een bepaalde periode – van de bescherming die geldt ten aanzien van de uitoefening van die rechten. In de woorden van Svensson-McCarthy:

‘what can (...) be derogated from is not the substance of the inalienable rights as such, but “merely” the guarantee of their full enjoyment for a certain period of time. It is therefore closer to the legal reality of derogations under the international law of human rights to refer to *extraordinary restrictions on the enjoyment of human rights*, since the rights *per se* cannot be suspended or taken away even in public emergencies.’⁹

Om nog preciezer te zijn: indien een verdragsstaat gebruik maakt van de mogelijkheid om bepaalde van zijn mensenrechtelijke verdragsverplichtingen op te schorten, is er eigenlijk slechts sprake van het uitsluiten van eventuele staatsaansprakelijkheid wegens niet-nakoming van de verdragsverplichtingen en betekent dit niet automatisch dat voor de burgers in de betreffende staat de bescherming van die rechten wegvalt. Het is zeer wel mogelijk dat een staat van de opschortingsbepaling uit een van de mensenrechtenverdragen gebruik maakt vanwege de inwerkingtreding van nationale wetgeving die afwijkt van de bescherming die bepaalde grondrechten onder de mensenrechtenverdragen toekomt, zonder dat deze staat uiteindelijk die betreffende wetgeving jegens

7 Cursivering JPL.

8 Dit onvervreembare karakter staat er overigens niet aan in de weg dat individuen zelf (in zekere mate) afstand doen van de bescherming van bepaalde grondrechten, bijvoorbeeld het recht op toegang tot de rechter door middel van het aangaan van een arbitrageovereenkomst, mits dit niet onder dwang gebeurt en het betrokken individu er voordeel van ondervindt (Vgl. EHRM 27 februari 1980, *Series A* Vol. 35 (Deweert/Belgium), p. 24-29, § 48-54. Zie ook mijn opmerkingen over dit onderwerp in § 5.8.5 *supra* en in het algemeen over het afstand doen van grondrechten: Alkema 1999, p. 33-46.

9 Svensson-McCarthy 1998, p. 375, die deze woorden – overigens zonder dit te melden – vrijwel letterlijk ontleent aan IAHRM 30 januari 1987, *Advisory opinion OC-8/87 (Habeas Corpus in Emergency Situations – Arts. 27(2) and 7(6) ACHR)*, *Series A* No. 8, § 18. Een zelfde benadering is te vinden in *Johannesburg Principle 3*. Dit principe heeft betrekking op de relatie tussen noodtoestanden en de uitingsvrijheid, maar spreekt in dit verband in niet van de mogelijkheid om tijdens een noodtoestand de bescherming van de uitingsvrijheid op te schorten, doch slechts van een mogelijkheid om in zulke omstandigheden de uitingsvrijheid aan ‘beperkingen’ te onderwerpen.

bepaalde personen toepast of van alle door die wetgeving gecreëerde bevoegdheden gebruik maakt. De statenpraktijk onder het EVRM geeft hiervan diverse voorbeelden te zien.¹⁰ Dit alles neemt echter niet weg dat het gebruikmaken door een verdragsstaat van de mogelijkheid om bepaalde mensenrechtelijke verdragsverplichtingen op te schorten geschiedt om een juridische situatie te creëren die het rechtens mogelijk maakt om de uitoefening van bepaalde grondrechten verdergaand in te perken dan op grond van de normale beperkingsclausules mogelijk is, zodat de burger in de betreffende staat te maken kan – en veelal ook zal – krijgen met een verminderde grondrechtenbescherming.¹¹

6.2 TEKST EN KENMERKEN VAN DE OPSCHORTINGSBEPALINGEN IN DE MENSENRECHTENVERDRAGEN

De teksten van de opschortingsbepalingen in de verschillende mensenrechtenverdragen komen in aanzienlijke mate met elkaar overeen. Een ontwerp voor de tekst van de IVBPR-bepaling heeft als voorbeeld gediend voor artikel 15 EVRM. Deze beide artikelen zijn weer van invloed geweest op de tekst van artikel 30 ESH en artikel 27 AVR. Het feit dat in een viertal multilaterale verdragen met een groot aantal verdragspartijen een in grote mate overeenkomende bepaling is opgenomen is voor Oráa, in navolging van Meron en analoog aan de redenering gevolgd door het Duitse *Bundesverfassungsgericht* met betrekking tot het *ne bis in idem*-beginsel, reden om de in die verdragen opgenomen normen met betrekking tot de opschorting van verdragsverplichtingen tijdens noodtoestanden aan te merken als regels van volkenrechtelijk

10 Zie o.m. de Britse opschortingsverklaringen t.a.v. Noord-Rhodesië (d.d. 16 augustus 1957, *Yearbook ECHR* 1955-1956-1957, p. 51), Aden (d.d. 5 januari 1960, *Yearbook ECHR* 1960, p. 68-70) en Nyassaland (d.d. 13 januari 1961, *Yearbook ECHR* 1961, p. 38-40). In de laatste twee gevallen werd in de opschortingsverklaring ook meteen de intrekking van de opschorting weer gemeld (de verklaring volgde pas maanden na het ontstaan van de noodsituatie en het instellen van de noodtoestand). Het VK wijst er in die verklaringen op dat niet alle gecreëerde noodbevoegdheden ook daadwerkelijk gebruikt zijn en dat de wel gebruikte noodbevoegdheden die van het EVRM afweken slechts zeer kort zijn toegepast en inmiddels al maanden niet meer (terwijl de opschortingsverklaring een ruimere periode beslaat).

11 In het licht van de Straatsburgse jurisprudentie kan daarbij worden opgemerkt dat het enkele feit van het in werking hebben van wetgeving die in strijd komt met de verdragsverplichtingen onder het EVRM, ook al wordt die wetgeving niet daadwerkelijk toegepast, voor het EHRM reeds voldoende kan zijn om tot een schending van het verdrag te oordelen. Zie o.m. EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 259 (Modinos/Cyprus), § 23-24. Op grond hiervan is de conclusie gerechtvaardigd dat het afgeven van een opschortingsnotificatie door een staat die noodwetgeving in werking stelt welke van het EVRM afwijkende bevoegdheden creëert, zonder dat die bevoegdheden al direct worden toegepast, wel degelijk geboden is.

gewoonterecht.¹² De relevantie hiervan is gelegen in het feit dat, hoewel de mensenrechtenverdragen een groot aantal verdragspartijen kennen, er ook nog steeds een aanzienlijk aantal staten is dat geen partij is bij een van de mensenrechteninstrumenten waarin een opschortingsbepaling is opgenomen. Indien de normen opgenomen in de opschortingsbepalingen – althans de materiële onderdelen ervan¹³ – zijn aan te merken als internationaal gewoonterecht, zijn ook niet-verdragspartijen aan die normen gebonden.¹⁴ Artikel 15 EVRM luidt als volgt:

1. In time of war or any other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. No derogation from article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.
3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.¹⁵

Artikel 4 IVBPR kent hetzelfde stramien als artikel 15 EVRM, maar verschilt op enkele detailpunten (waarbij met name in het oog springt dat in het eerste lid een discriminatieverbod met bepaalde gronden is opgenomen):

12 Ora 1992, p. 234-235, onder verwijzing naar Meron 1989, p. 132-134. Het BVerfG merkte in 1987 het *ne bis in idem*-beginsel aan als een regel van algemeen volkenrecht, omdat deze regel in zowel het IVBPR als de regionale mensenrechtenverdragen (EVRM en AVRМ) is gegarandeerd.

13 Bedoeld worden de normen opgenomen in het eerste en tweede lid van art. 15 EVRM, art. 4 IVBPR en art. 27 AVRМ.

14 Ora 1992, p. 1.

15 In de officiële (in 1990 herziene) Nederlandse vertaling (*Trb.* 1990, 156):

1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand, die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige overheidshandelingen, en van de artikelen 3, 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht om af te wijken, moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houden van de genomen maatregelen en de beweegredenen daarvoor. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens in kennis stellen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.

1. In time of a public emergency which threatens the life of a nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.
2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.
3. Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.¹⁶

Op de twee bovenstaande bepalingen concentreert zich de rest van dit hoofdstuk. Voor de volledigheid geef ik hier echter ook de tekst van de opschortingsbepalingen uit het ESH en het AVRМ weer. Artikel 30 ESH luidt:

1. In time of war or any other public emergency threatening the life of the nation any Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Charter to the extent required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. Any Contracting Party which has availed itself of this right of derogation shall, within a reasonable lapse of time, keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures taken and the reasons therefor. It shall likewise inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Charter are again being fully executed.

16 In de officiële (laatstelijk in 1978 gewijzigde) Nederlandse vertaling (*Trb.* 1978, 177):

1. Bij een algemene noodtoestand, die een bedreiging vormt voor het bestaan van het volk en die officieel is afgekondigd, kunnen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag maatregelen nemen die afwijken van hun verplichtingen ingevolge dit verdrag, mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist en niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht en geen discriminatie uitsluitend op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst inhouden.
2. Op grond van deze bepaling mag niet worden afgeweken van de artikelen 6, 7, 8 (eerste en tweede lid), 11, 15, 16 en 18.
3. Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag die gebruik maakt van het recht tot afwijking van de bepalingen daarvan stelt de andere Staten die partij zijn bij dit verdrag, door tussenkomst van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, onverwijld in kennis van de bepalingen waarvan hij is afgeweken, alsmede van de redenen die hem daartoe hebben genoopt. Eveneens door tussenkomst van de Secretaris-Generaal wordt een volgende kennisgeving gedaan op de datum waarop de afwijking ophoudt van kracht te zijn.

3. The Secretary-General shall in turn inform other Contracting Parties and the Director-General of the International Labour Office of all communications received in accordance with paragraph 2 of this Article.¹⁷

Artikel 27 AVRVM luidt:

1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. The foregoing provision does not authorise any suspension of the following Articles: Article 3 (Right to juridical personality); Article 4 (Right to life); Article 5 (Right to humane treatment); Article 6 (Freedom from slavery); Article 9 (Freedom from ex post facto laws); Article 12 (Freedom of conscience and religion); Article 17 (Rights of the family); Article 18 (Right to a name); Article 19 (Rights of the child); Article 20 (Right to nationality); and Article 23 (Right to participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.

3. Any State Party availing itself of the right of suspension shall immediately inform the other States Parties, through the Secretary General of the organisation of American states, of the provisions the application of which it has suspended, the reasons that gave rise to the suspension and the date set for the determination of such suspension.

Een eerste blik op de tekst van de diverse opschortingsbepalingen maakt duidelijk dat deze een aantal elementen gemeenschappelijk hebben:

17 In de officiële Nederlandse vertaling:

1. In geval van oorlog of een andere noodtoestand, waardoor het voortbestaan van het land wordt bedreigd, kan iedere Overeenkomstsluitende Partij maatregelen nemen in afwijking van de in het onderhavige Handvest genoemde verplichtingen, doch uitsluitend voor zover de omstandigheden zulks absoluut vereisen en deze maatregelen niet in strijd zijn met andere volkenrechtelijke verplichtingen.

2. Indien een Overeenkomstsluitende Partij van dit recht om af te wijken gebruik heeft gemaakt, stelt zij binnen een redelijke termijn de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte van de getroffen maatregelen en van de redenen die hiertoe hebben geleid. Tevens dient zij de Secretaris-Generaal mededeling te doen van het tijdstip waarop deze maatregelen buiten werking zijn gesteld en de door haar aanvaarde bepalingen van het Handvest wederom volledig van toepassing zijn.

3. De Secretaris-Generaal stelt de overige Overeenkomstsluitende Partijen, alsmede de Directeur-Generaal van het Internationale Arbeidsbureau, op de hoogte van alle overeenkomstig lid 2 van dit artikel ontvangen mededelingen.

- opschorting van bepaalde door het verdrag gegarandeerde rechten is slechts toegestaan in geval van een ernstige noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt;¹⁸
- de afwijking van de verdragsverplichtingen mag niet verder gaan dan in de gegeven omstandigheden strikt noodzakelijk is (een stringente proportionaliteitstoets);
- aan de opschorting is de verplichting gekoppeld om informatie over de genomen maatregelen en de redenen daarvoor te verstrekken aan een internationaal orgaan;
- er wordt een reeks rechten opgesomd, waarvan opschorting is verboden;¹⁹
- de opschorting van de bescherming van bepaalde mensenrechten mag geen schending opleveren van andere internationaal-rechtelijke verplichtingen die op de betreffende staat rusten.

Een verder verband tussen de bepalingen is aanwezig omdat zij bij de opschorting van mensenrechten onder meer de voorwaarde stellen dat dit niet in strijd mag zijn met 'andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht'. Onder deze 'andere verplichtingen' vallen in de eerste plaats de verplichtingen voortvloeiend uit andere mensenrechtenverdragen. Indien derhalve het ene verdrag stringenter voorwaarden stelt aan opschorting dan het andere, en de betreffende staat is partij bij beide verdragen, dan zal de staat zich aan de meest stringente voorwaarden dienen te houden.²⁰

In de teksten van de opschortingsbepalingen klinkt de grondgedachte door zoals die onder meer is verwoord in VN-rapporteur Daes' studie over beperkingen van mensenrechten: '[T]hough the emergency may bar the enforcement of certain rights temporarily, it does not abrogate the rule of law.'²¹ Een noodsituatie betekent niet dat alle normen hun waarde verliezen, het is geen normloze situatie. Een noodsituatie kan aanleiding zijn tot het uitroepen van een noodtoestand,²² waarbij bepaalde grondrechten worden opgeschort. De mensenrechtenverdragen stellen hierbij echter vrij scherpe voorwaarden.²³ Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat het nemen van maatregelen die een inbreuk

18 Art. 27 AVRVM spreekt van bedreiging van 'the independence or security of a State Party'.

19 Art. 30 ESH vormt op dit punt een uitzondering. In dit artikel worden geen 'notstandsfeite' rechten genoemd.

20 Iets wat bijv. relevant zou kunnen zijn i.v.m. het discriminatieverbod, dat wel is opgenomen in art. 4 lid 1 IVBPR, maar niet in art. 15 EVRM.

21 Rapport van de Special Rapporteur of the Sub-Commission for the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, mw. E.-I.A. Daes, *Freedom of the Individual under Law: A study on the individual's duties to the community and the limitations on human rights and freedoms under article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, VN Doc. E/CN.4/Sub.2/432/Rev.1 (1980), p. 183, § 7 (in 1990 in boekvorm gepubliceerd als UN Publ. E.89.XIV.5). Hierna aangehaald als Daes 1980.

22 Zie ook § 2.1.4 *supra*.

23 Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat deze voorwaarden zijn verbonden aan de opschorting van mensenrechten. Het is mogelijk dat een bepaalde nationaal-rechtelijke

opleveren op bepaalde mensenrechten, ook als het gaat om noodmaatregelen in situaties waarin de staatsveiligheid ernstig bedreigd wordt, niet een zaak is die louter aan het oordeel van de nationale autoriteiten is overgelaten.²⁴ De opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen zijn duidelijk opgesteld met het oog op een vorm van internationaal toezicht.²⁵

Het EU-Grondrechtenhandvest bevat geen opschortingsbepaling, alleen een algemene beperkingsclausule (art. 52). In de toelichting op deze beperkingsclausule²⁶ staat dat het Handvest de mogelijkheden van de lidstaten om een beroep te doen op art. 15 EVRM onverlet laat, wanneer de lidstaten maatregelen nemen op het gebied van defensie in geval van oorlog en op het gebied van de handhaving van de openbare orde. Het ontbreken van een opschortingsbepaling is niet verwonderlijk aangezien het, in geval van een noodtoestand die het bestaan van de EU of de lidstaten ernstig bedreigt, de lidstaten zijn die de veiligheidsmaatregelen treffen die noodzakelijk zijn om de noodsituatie te keren. Het grondrechtenhandvest ziet op de bescherming van mensenrechten in het optreden van de EU-organen en die vervullen in dit verband geen grote besluitvormende rol. Dat neemt echter niet weg dat in het kader van de EU door de lidstaten wel gezamenlijk beleid gevormd en gevoerd wordt dat raakt aan de bescherming van de nationale veiligheid, het voorkomen van crisissituaties en de bestrijding van terrorisme. Zo werd op 27 december 2001 door de Raad van de EU een verordening vastgesteld inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme.²⁷ Deze verordening heeft betrekking op het treffen van financiële sancties (het bevriezen van banktegoeden en dergelijke) van terroristische organisaties of van terrorisme verdachte personen.²⁸ Op basis van deze verordening wordt periodiek door de Raad een lijst vastgesteld van als terroristisch aangemerkte personen en organisaties.²⁹ Daarnaast werd in 2002 door de Raad een kaderbesluit vastgesteld op grond waarvan de lidstaten verplicht werden om bepaalde misdrijven aan te merken als 'terroristische misdrijven' en strenger te bestraffen.³⁰ In datzelfde jaar besloot de Raad ook tot instelling van een regeling voor de evaluatie van de

uitzonderingstoestand wordt uitgeroepen zonder dat van opschorting van mensenrechten sprake is. In een dergelijke situatie spelen de verdragsbepalingen geen rol.

24 Hartman 1985, p. 92. In de literatuur is in het verleden ook wel betoogd dat het treffen van noodmaatregelen die mogelijk een aantasting van bepaalde mensenrechten zouden opleveren om redenen van nationale veiligheid louter een zaak van 'domestic jurisdiction' zou zijn. Zie Bozeman 1982, p. 53-54.

25 Hartman 1985, p. 96.

26 Opgenomen in de Verklaringen betreffende de bepalingen van de Grondwet voor de EU, *Publicatieblad* C 310, p. 455-456.

27 Verordening (EG) Nr. 2580/2001, *PbEG* L 344, p. 70-74.

28 Zie hierover Bulterman 2002, p. 836-838.

29 Zie bijv. Besluit 2005/428/GBVB d.d. 6 juni 2005, *PbEG* L 144, p. 59-61.

30 Kaderbesluit van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding 2002/475/JBZ, *PbEG* L 164, p. 3-7.

nationale maatregelen en de uitvoering ervan op nationaal niveau ter bestrijding van terrorisme.³¹ In al deze gevallen gaat het echter om regelingen en besluiten op grond waarvan de lidstaten concrete regels tot stand moeten brengen of besluiten moeten nemen. Bij het nemen van deze maatregelen zijn zij dan, zo die maatregelen een opschorting van EVRM-rechten met zich zouden brengen, gebonden aan de voorwaarden van artikel 15 EVRM – waarbij de lidstaten alle partij zijn – en heeft het EU-Grondrechtenhandvest geen grote toegevoegde waarde.

6.3 ONTSTAAN EN TOTSTANDKOMING VAN DE OPSCHORTINGSBEPALINGEN: EEN BEKNOPT SCHETS

6.3.1 Artikel 4 IVBPR

In de literatuur over de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen bestaat enigszins verschil van mening over de redenen voor het opnemen van die bepalingen: was de belangrijkste reden het *inperken* van de beleidsvrijheid voor staten in geval van een noodsituatie of ging het juist om het *beschermen* van die beleidsvrijheid, door het bieden van een mogelijkheid om een aantal fundamentele rechten op te schorten?³² De totstandkoming van de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen verdient derhalve nadere aandacht.

Het eerste multilaterale verdrag tot bescherming van een aantal mensenrechten was het EVRM, dat op 4 november 1950 in Rome werd ondertekend en in 1953 in werking trad. Het IVBPR werd in 1966 ondertekend en trad tien jaar daarna pas in werking. Toch was de opstelling van het IVBPR al in 1947 aangevangen en werd met het EVRM pas in 1949 een begin gemaakt. Vele bepalingen uit de beide verdragen vertonen grote overeenkomsten en dat geldt ook voor de opschortingsbepalingen.

Tijdens de eerste zitting van het door de VN-Commissie voor de rechten van de mens (hierna: de Commissie) ingestelde redactiecomité – dat een ontwerp-tekst moest opstellen voor de UVRM en de VN-mensenrechtenconventen – in juni 1947,³³ kwam een Brits voorontwerp ter tafel waarin reeds een

31 Besluit 2002/996/JBZ van 28 november 2002, *PbEG* L 349, p. 1-3.

32 Higgins 1976-1977, p. 286, Meron 1989, p. 218 en Oraá 1992, p. 9, trekken uit de *travaux préparatoires* van het EVRM en het IVBPR de conclusie dat *inperking* het voornaamste doel was. Hartman 1981, stelt op p. 1 nog dat EVRM en IVBPR 'attempt to constrain [cursivering JPL] states from suspending fundamental rights through the use of specific derogation articles', maar op p. 6 concludeert zij dat 'the champions of the derogation articles were primarily interested in preserving, not limiting government freedom of action'.

33 Het opstellen van de VN-mensenrechtenconventen ving aan met de eerste zitting van het redactiecomité, een suborgaan van de VN-mensenrechtencommissie, dat bestond uit 8 leden (Australië, Chili, China, Frankrijk, Libanon, de USSR, het Verenigd Koninkrijk en

opschortingsbepaling was opgenomen.³⁴ De noodzaak van het opnemen van een opschortingsbepaling in het verdrag werd hoofdzakelijk beargumenteerd met een verwijzing naar het feit dat een dergelijke regel in vrijwel alle nationale rechtsstelsels ook aanwezig was.³⁵ De bepaling in het Britse voorontwerp bevatte twee clausules:

- ‘1. In time of war or other national emergency, a state may take measures derogating from its obligations under Article 2 above to the extent strictly limited by the exigencies of the situation.
2. Any state party hereto availing itself of this right of derogation shall inform the Secretary-General of the United Nations fully of the measures which it has thus enacted and the reasons therefor. It shall also inform him as and when the measures cease to operate and the provisions of Article 2 are being fully executed.’³⁶

Over de opname en exacte formulering van een dergelijke bepaling volgde echter veel discussie.³⁷ In de eerste plaats raakte de opname van een opschortingsbepaling in het IVBPR namelijk aan een kernvraag met betrekking tot de inrichting van het gehele verdrag waarover de meningen tussen de diverse delegaties zeer uiteen liepen: moest het verdrag zich beperken tot een opsomming van de diverse te garanderen rechten, met eventueel een algemene beperkingsclausule (vergelijkbaar met artikel 29 UVRM), of moest in de verdragstekst gestreefd worden naar een exacte juridische omschrijving van zowel de te garanderen rechten als de daarop toegelaten beperkingen? De voorstanders van een ‘opsommingsconstructie’³⁸ achtten een opschortingsbepaling sowieso overbodig naast een algemene beperkingsclausule, maar ook de voorstanders van exacte juridische formuleringen meenden dat een opschortingsbepaling niet nodig was, omdat de beperkingsmogelijkheden die de bijzondere beperkingsclausules in dat geval reeds zouden bieden voldoende ruimte zouden laten aan de verdragsstaten om ook in noodsituaties op te treden ter bescherming van de staatsveiligheid. In de tweede plaats was de voorgestelde opschortingsbepaling wel zeer ingrijpend: afwijken van de ‘obligations under Article 2’ betekende namelijk niet alleen dat tijdens een noodtoestand alle gegarandeerde materiële rechten opgeschort zouden kunnen worden, maar ook dat er in die situatie dan geen effectieve rechtsmiddelen

de Verenigde Staten). De eerste discussies waren gebaseerd op een door VN-mensenrechten-divisie voorbereide opzet (VN Doc. E/CN.4/21, Annex A) en een Brits voorontwerp (VN Doc. E/CN.4/21, annex B). Zie Bossuyt 1987, p. XIX-XX.

34 VN Doc. E/CN.4/21, annex B (1947), art. 4. Zie Bossuyt 1987, p. 81.

35 Daes 1980, p. 183, § 10.

36 VN Doc. E/CN.4/21, Annex B (1947), p. 25. De in dit artikel genoemde ‘obligations under Article 2’ betroffen de verplichting om het genot van de in het concept-verdrag erkende rechten d.m.v. diverse maatregelen aan een ieder te ‘verzekeren’.

37 Zie voor een gedetailleerd verslag hiervan: Svensson-McCarthy 1998, p. 200-213.

38 Aangevoerd door de delegatie van de VS. Zie VN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.6 (1947), p. 8-10; E/CN.4/AC.3/SR.8 (1947), p. 3-5 en 11; E/CN.4/AC.1/SR.22 (1948), p. 3-4.

geboden zouden hoeven worden aan personen die meenden dat hun verdragsrechten werden geschonden.³⁹ Vooral de delegatie van de VS meende dat de opschortingsmogelijkheid te ruim was. In geval van een noodtoestand zou afwijken van bepaalde verdragsverplichtingen mogelijk moeten zijn, maar niet van alle verdragsverplichtingen.⁴⁰ De opschortingsbepaling zoals opgenomen in het Britse voorontwerp werd in 1947 dan ook afgewezen door de Commissie.⁴¹

De Britse delegatie bleef binnen het redactiecomité echter pleiten voor een opschortingsbepaling zoals geformuleerd in het eigen voorontwerp⁴² en oogstte verdere kritiek. In haar commentaar op de concept-teksten voor het IVBPR zoals die op dat moment voorlagen gaf de Nederlandse regering onder meer aan dat de door de Britten voorgestelde opschortingsbepaling een bedreiging vormde voor het succes dat de Commissie tot dusverre had geboekt. Zij vond de omschrijving van de omstandigheden waaronder van de verdragsverplichtingen zou kunnen worden afgeweken te vaag en drong aan op een zo precies mogelijke omschrijving van die omstandigheden. Bovendien meende zij dat in de opschortingsbepaling expliciet aangegeven zou moeten worden dat ook toepassing van de opschortingsbepaling onderworpen zou zijn aan het in het verdrag op te nemen mechanisme ter controle op de naleving van het verdrag.⁴³ Binnen het redactiecomité bleef er kritiek, omdat in dit voorontwerp geen enkele uitzondering op de opschortbaarheid was geformuleerd: er werden geen niet-opschortbare (*notstandsfeste*) rechten opgesomd.⁴⁴ Daarnaast bleef er grote verdeeldheid tussen de voorstanders van een algemene beperkingsclausule en die van een specifieke opschortingsbepaling. Dit resulteerde erin dat het redactiecomité in 1948 uiteindelijk besloot om zowel de Britse ontwerp-opschortingsbepaling als een Amerikaans voorstel voor een algemene beperkingsclausule aan de Commissie voor te leggen.⁴⁵

Toen de Commissie zich in mei 1949 boog over de ontwerp-teksten voor de mensenrechtenconvenanten spitste de discussie zich opnieuw toe op de beperkingsclausules en de opschortingsbepaling. De Britse delegatie diende

39 VN Doc. E/CN.4/AC.1/4, Annex 1, p. 6.

40 E/CN.4/AC.3/SR.8 (1947), p. 10.

41 Het Britse tekstvoorstel voor artikel 4 werd met 3 tegen 2 stemmen afgewezen door een van de werkgroepen die tijdens de tweede zitting van de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens (december 1947) speciaal waren ingesteld om te oordelen over de ontwerp-bepalingen voor de VN-convenanten. VN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.8, p. 11.

42 VN Doc. E/CN.4/SR.423 (1947), p. 4. Uiteindelijk accepteerde de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens het Britse voorontwerp voor artikel 4, met vier stemmen tegen drie en acht onthoudingen, als basis voor verdere discussie. Zie VN doc. E/CN.4/SR.431 (1947), p. 5.

43 VN Doc. E/CN.4/82/Rev.1, *Comments from Governments in the Draft International Declaration on Human Rights, Draft International Covenant on Human Rights and the Question of Implementation*, p. 5, § 7.

44 VN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.34 (1948), p. 4-6.

45 VN Doc. E/800 (1948)

een aangepaste ontwerp-opschortingsbepaling in, waarin nu een reeks *notstandsfe* rechten, gelijk aan die in het kort daarvoor binnen de Raad van Europa opgestelde ontwerp-artikel 15 EVRM, was opgenomen.⁴⁶ Er kwam een herzien Amerikaans voorstel voor een algemene beperkingsclausule⁴⁷ en de Franse delegatie stelde als compromis een algemene beperkingsclausule voor, met daarin opgenomen een specifiek verbod van discriminatie, een mededelingsplicht en een meer omvattende lijst van *notstandsfe* rechten.⁴⁸

De meerderheid binnen de Commissie koos ervoor om bij de afzonderlijke rechten specifieke beperkingsclausules te formuleren en daarmee verdween de algemene beperkingsclausule van tafel. De Amerikaanse delegatie bleef echter gekant tegen de opschortingsbepaling omdat die nu, naast de specifieke beperkingsclausules, overbodig zou zijn: de in die specifieke beperkingsclausules opgenomen doelcriteria 'national security' en 'public security' zouden voldoende mogelijkheden aan de staten bieden om adequaat op te kunnen treden in oorlogs- of andere noodsituaties.⁴⁹ Door de USSR werd naar voren gebracht dat het ongepast zou zijn om in een VN-verdrag serieus rekening te houden met een situatie van oorlog en daarvoor specifieke bepalingen op te nemen.⁵⁰ De Franse delegatie accepteerde de opschortingsbepaling, maar vond dat de reeks *notstandsfe* rechten moest worden uitgebreid aangezien zo'n reeks noodzakelijk zou zijn om misbruik van de opschortingsbepaling door dictatoriale regimes te voorkomen.⁵¹ De meeste andere delegaties bleken van mening dat een speciale opschortingsbepaling voor oorlogs- of andere noodsituaties gewenst was, waarbij echter werd benadrukt dat deze bepaling zoveel mogelijk waarborgen moest bieden tegen mogelijk misbruik:

'It was also important that States parties should not be felt free to decide for themselves when and how they would exercise emergency powers because it was necessary to guard against States abusing their obligations under the covenant (...) Reference was made to the history of the past epoch during which emergency powers had been invoked to suppress human rights and to set up dictatorial regimes.'⁵²

Er volgde nog een lange discussie over de vraag welke rechten als niet-op-schortbaar moesten worden aangemerkt.⁵³ De Commissie bereikte tijdens de vijfde zitting, in 1949, voorlopige overeenstemming over een tekst voor

46 VN Doc. E/CN.4/188 (1949), p. 1.

47 VN Doc. E/CN.4/170/Add.1 (1949).

48 VN Doc. E/CN.4/187 (1949).

49 VN Doc. E/CN.4/SR.126 (1949), p. 3 en E/CN.4/SR.127 (1949), p. 3-4.

50 Zie het gedetailleerde overzicht van alle argumenten pro en contra in Hartman 1985, p. 96-97. Zie ook VN Doc. A/2929, Ch. V, § 36; E/CN.4/SR.126 (1949), p. 6 en E/CN.4/SR.127 (1949), p. 3-5.

51 VN Doc. E/CN.4/324 (1949) en E/CN.4/SR.195 (1949), p. 14, § 69.

52 VN Doc. A/2929, Ch. V, § 37.

53 Zie Nowak 1993, p. 83 en Bossuyt 1987, p. 91-94. VN Doc. A/2929, Ch. V, § 45.

de opschortingsbepaling waarin de reeks niet-opschortbare rechten nog niet nader was vastgesteld.⁵⁴ Een jaar later werd men het eens over de op te nemen reeks niet-opschortbare rechten.⁵⁵

Ook wat betreft de formulering van de omstandigheden waaronder het partijstaten toegestaan zou zijn om bepaalde rechten op te schorten werden vele verschillende voorstellen ingediend.⁵⁶ Waar in eerdere ontwerpen nog de formulering 'in time of war or other public emergency' was gehanteerd, stelde de USSR voor door middel van de woorden 'in time of war or other public emergency threatening the interests of the people' tot uitdrukking te brengen dat een staat alleen rechten zou mogen opschorten om het belang van zijn burgers te dienen.⁵⁷ Op voorstel van Frankrijk werden na de omschrijving van de noodsituatie de woorden 'officially proclaimed' tussengevoegd: het zou sprake moeten zijn van een noodsituatie waarvan het bestaan officieel was afgekondigd, een noodtoestand die was uitgeroepen in overeenstemming met de vereisten en voorwaarden in de nationale regelgeving terzake.⁵⁸ De verwijzing naar oorlog als noodsituatie werd geschrapt omdat men meende dat de VN juist tot doel hadden de vrede te bewaren en te bevorderen en er dus in een VN-mensenrechtenverdrag niet uitdrukkelijk op de mogelijkheid van een oorlog gewezen zou moeten worden.⁵⁹

Nadat Britse voorstellen terzake enige keren waren geamendeerd, werden (tijdens de achtste zitting van de Commissie in 1952) met betrekking tot de reikwijdte van de maatregelen die opschorting van bepaalde rechten mee zouden brengen, in de artikel-tekst nog twee extra vereisten opgenomen: deze maatregelen mogen niet in strijd zijn met andere volkenrechtelijke verplichtingen⁶⁰ en geen discriminatie uitsluitend op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst inhouden.⁶¹

Aan het eind van de tiende zitting, in april 1954, kon de Commissie de ontwerp-teksten voor zowel het IVBPR als het IVESCR voorleggen aan de Economische en Sociale Raad van de VN en werd de behandeling binnen het Derde

54 VN Doc. E/CN.4/SR.127 (1949), p. 13.

55 VN Doc. E/CN.4/SR.196 (1950), § 27-28. Hierna vonden nog enkele redactionele wijzigingen plaats, zie E/CN.4/SR.331 (1952), p. 7. In § 6.3. ga ik nog nader in op de reeks notstandsfeste rechten die uiteindelijk in art. 4 IVBPR werd opgenomen.

56 VN Doc. A/2929, Ch. V, § 39.

57 Dit voorstel werd aanvankelijk aanvaard (zie VN Doc. E/CN.4/SR.127 (1949), p. 12.), maar een jaar later toch weer verworpen. In 1952 keerde de Commissie terug naar de formulering 'in time of public emergency which threatens the life of the nation' (VN Doc. E/CN.4/SR.330 (1952), p. 4-11 en E/CN.4/SR.331 (1952) p. 5). Opvallend is dat in de officiële Nederlandse vertaling van artikel 4 IVBPR toch wordt gesproken van 'een bedreiging voor het bestaan van het volk'.

58 VN Doc. E/CN.4/SR.195 (1950); E/CN.4/SR.330 (1952), p. 7; E/CN.4/SR.331 (1952), p. 5.

59 Zie VN Doc. A/2929, § 39 en de daar genoemde verwijzingen.

60 Waarbij in eerste instantie gedacht werd aan verplichtingen voortvloeiend uit het VN-Handvest en de UVRM. VN Doc. E/CN.4/SR.331 (1952), p. 6 en A/2929, Ch. V, § 43.

61 Waarbij er de nodige discussie was over het woord 'uitsluitend'. VN Doc. E/CN.4/SR.330 (1950), p. 4-10; E/CN.4/Sr.331(1952), p. 6; A/2929, Ch V., § 44.

Comité (sociale, humanitaire en culturele zaken) van de Algemene Vergadering gestart. In de tekst van artikel 4 IVBPR werden tijdens de behandeling in het Derde Comité slechts enkele redactionele wijzigingen aangebracht. Wel waren er uitgebreide discussies over de vraag of de afkondiging een noodtoestand 'officially' of 'legally' diende te geschieden.⁶² Bovendien werd uitgebreid stilgestaan bij de reeks niet-opschortbare rechten. De delegatie van Saoedi-Arabië stelde voor het recht om te huwen (artikel 22) aan deze reeks toe te voegen en de Mexicaanse delegatie wierp de vraag op of de vrijheid om uiting te geven aan een godsdienst (artikel 18, derde lid) niet juist uit de reeks verwijderd diende te worden.⁶³ Op initiatief van dezelfde twee delegaties werd in het derde lid van artikel 4, door toevoeging van een zelfstandige zin duidelijk gemaakt dat bij de beëindiging van de opschorting een afzonderlijke kennisgeving aan de Secretaris-Generaal dient te worden gezonden.⁶⁴ In 1963 werd de tekst van artikel 4 door het Derde Comité unaniem aanvaard⁶⁵ en uiteindelijk werd het volledige IVBPR op 16 december 1966 te New York ondertekend.

6.3.2 Artikel 15 EVRM

Bij het opstellen van het EVRM kwam het vraagstuk van noodsituaties, noodtoestanden en opschorting van rechten reeds in een vroeg stadium van de discussies naar voren.⁶⁶ Tijdens de eerste zitting van de *Raadgevende Vergadering* van de *Raad van Europa* (augustus 1949), waar de afgevaardigden werd gevraagd naar de wenselijkheid van een Europees mensenrechtenverdrag, benadrukte een Ierse afgevaardigde de noodzaak om minderheden te beschermen tegen vrijheidsbeperkingen zoals die werden opgelegd door de *Special Powers Act* in Noord-Ierland.⁶⁷ Een afgevaardigde uit het Verenigd Koninkrijk reageerde hierop door te stellen dat deze maatregelen werden ingegeven door een noodsituatie:

62 VN Doc. A/5655, § 48. Ik kom hierop nog terug in § 7.2.2.

63 VN Doc. A/5655, § 40-55.

64 VN Doc. A/C.3/L.1176 (1963) en A/C.3/SR.1262 (1963), § 18.

65 VN Doc. A/5655, § 56.

66 Ik ga hier niet in op de totstandkoming van het EVRM in het algemeen. Informatie hierover is in te vinden in Robertson & Merrills 1993, p. 1-14; Weil 1963, p. 22-40; Partsch 1953-1954, p. 631-660; Eustathiades 1953-1955, p. 332-361 en Klerk 1990, p. 3-15. Een uitgebreid beeld van de Nederlandse positie bij de totstandkoming van het EVRM wordt gegeven in: Y.S. Klerk & L. van Poelgeest 1991, p. 220-246.

Hartman 1981, p. 5-10 en Svensson-McCarthy 1998, p. 286-290 geven een goed overzicht van de totstandkoming van de opschortingsbepalingen in het EVRM. Gezien het ontbreken van een duidelijke index in de *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"*, 1975, Vol's 1-8, vormde hun onderzoek de belangrijkste wegwijzer voor hetgeen ik hieronder weergeef.

67 *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"*, 1975, Vol. 1, p. 104. Hierna aangehaald als *Travaux Préparatoires*.

'The Special Powers Act was forced on the Government in the year 1922 when a secret organisation was carrying on a campaign. This organisation involved the death of 200 people, including two Members of Parliament, and that Act was passed in a time of emergency. It is defined in every declaration of human rights that in times of emergency the safety of the community is of first concern.'⁶⁸

De *Commissie voor Juridische en Administratieve Aangelegenheden* stelde een rapport op voor de Raadgevende Vergadering met betrekking tot een Europees Mensenrechtenverdrag. Deze commissie stond onder voorzitterschap van de Brit Sir David Maxwell-Fyfe en de Fransman Pierre-Henri Teitgen trad op als rapporteur. Het rapport van deze commissie wordt daarom veelal aangehaald als het Teitgen-rapport. Binnen deze commissie onstond verschil van opvatting over de vraag of het Europese Verdrag een aantal strikt geformuleerde en gedefinieerde rechten dan wel slechts een opsomming van beginselen diende te bevatten.⁶⁹ De concept-tekst die in het Rapport-Teitgen was opgenomen, ging uit van de laatste opvatting en gaf nog geen opschortingsbepaling te zien. In deze concept-tekst, die in september 1949 door de Raadgevende Vergadering werd overgenomen in haar aanbeveling aan het Comité van Ministers,⁷⁰ was alleen een algemene beperkingsclausule opgenomen. Deze was geënt op artikel 29 van de Universele Verklaring en bepaalde dat slechts beperkingen op de in het verdrag vermelde rechten zouden mogen worden aangebracht op grond van een aantal redenen, waaronder de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en de openbare orde.⁷¹

Tot teleurstelling van de Raadgevende Vergadering hechtte het Comité van Ministers van de Raad van Europa, dat aanvankelijk in het geheel geen voorstander was gebleken van het idee om binnen de Raad een Europees mensenrechtenverdrag op te stellen,⁷² niet direct zijn goedkeuring aan het in de aanbeveling opgenomen ontwerp-verdrag. Een Comité van Deskundigen, met één lid uit elke lidstaat, kreeg de opdracht om een ontwerp-tekst voor het verdrag op te stellen.⁷³ Het Comité van Deskundigen kreeg de beschikking over een rapport waarin de concept-tekst van de Consultatieve Vergadering werd vergeleken met de concepten voor de VN-mensenrechtenverdragen.⁷⁴

68 *Travaux Préparatoires*, Vol. 1, p. 154.

69 Weil 1961, p. 28: 'Based primarily on their experience in drawing up constitutions for ex-colonies, the British favored the precise definition of the rights to be included, while the Frenchman [Teitgen, JPL] thought that mere enumeration, a statement of principles such as in the Universal Declaration of Human Rights, would be easily enough enforced by the European Court.'

70 *Travaux Préparatoires*, Vol. 2, p. 274.

71 *Travaux Préparatoires*, Vol. 1, p. 230 (artikel 6 van de ontwerp-tekst).

72 Weil 1963, p. 26.

73 *Travaux Préparatoires*, Vol. 2, p. 296. Het Comité van Experts kwam in februari en maart 1950 bijeen te Straatsburg.

74 Waarin op dat moment (1949) reeds een opschortingsbepaling was opgenomen.

Het rapport concludeerde dat in geval van een algemene beperkingsclausule een speciale opschortingsbepaling overbodig was.⁷⁵

De Britse deskundige, voorstander van een strikte formulering van de op te nemen rechten, stelde voor een opschortingsbepaling vergelijkbaar met de VN-ontwerptekst op te nemen.⁷⁶ Hoewel ook binnen het Comité van Deskundigen de meningen over de te volgen koers, strikt geformuleerde en gelimiteerde rechten of een opsomming van beginselen, verdeeld bleven, werd men het eens over de bruikbaarheid van een opschortingsmogelijkheid en de door de Britse expert voorgestelde formulering werd toegevoegd aan de algemene beperkingsclausule.⁷⁷

In een later stadium van de onderhandelingen in het Comité van Deskundigen volgde een veel uitgebreider Brits voorstel, dat zowel voorzag in een opschortingsbepaling als in specifieke beperkingsclausules bij een aantal rechten.⁷⁸ De tekst van de opschortingsbepaling (art. 3) in het Britse voorstel luidde:

- '1. In time of war or other public emergency threatening the interests of the people a State may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly limited by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. No derogation from Articles 4, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, 5, 6 (paragraph 1) or 9 can be made under this provision.
3. Any State party hereto availing itself of this right of derogation shall inform the Secretary-General of the Council of Europe fully of the measures which it has thus enacted and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary-General of the Council of Europe as and when such measures cease to operate and the provisions of the Convention are being fully executed.⁷⁹

De in het tweede lid vermelde niet-opschortbare rechten waren: het recht op leven (huidig artikel 2 EVRM), het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (huidig artikel 3 EVRM), het verbod van slavernij en dwangarbeid (huidig artikel 4 EVRM) en het beginsel *nullem crimen sine lege* (neergelegd in het huidige artikel 7 EVRM). Het Comité van Deskundigen kon geen overeenstemming bereiken over de keuze tussen het strikt formuleren van rechten en daarop toegelaten beperkingen dan wel opsommen van beginselen. Men beschouwde die keuze ook als een beslissing van meer politieke dan juridische aard en besloot deze over te laten aan het

75 *Travaux Préparatoires*, Vol. 3, p. 28.

76 *Travaux Préparatoires*, Vol. 3, p. 188 en 190.

77 *Travaux Préparatoires*, Vol. 3, p. 202.

78 Bij het recht op een eerlijk proces, de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging en vergadering. *Travaux Préparatoires*, Vol. 3, p. 280-288.

79 In lid 2 zijn de huidige artikelnummers tussen teksthaken aangegeven. *Travaux Préparatoires*, Vol. 3, p. 280 en 282.

Comité van Ministers van de Raad van Europa. In maart 1950 werden twee alternatieve ontwerpen voor een Europees mensenrechtenverdrag aan het Comité van Ministers voorgelegd. Hoewel door diverse deskundigen nog wel naar voren was gebracht dat een opsommingsconstructie eigenlijk niet te rijmen was met opname van een opschortingsbepaling, was in beide ontwerpen een vrijwel identieke opschortingsbepaling opgenomen, gemodelleerd naar het Britse voorontwerp.⁸⁰

Het Comité van Ministers kwam echter nog niet tot een definitieve beslissing over het Europese mensenrechtenverdrag. Op 1 april besloot het Comité dat hoge ambtenaren, met instructies van hun regeringen, in juni bijeen zouden komen om de politieke beslissingen die door het Comité van Ministers genomen zouden moeten worden voor te bereiden. Tijdens dit overleg van regeringsfunctionarissen werd opnieuw niet op alle punten overeenstemming bereikt.⁸¹ Men zag echter wel kans om te komen tot één ontwerp-verdrag (met strikt geformuleerde rechten), dat was gebaseerd op voorstellen waar een meerderheid voor was.⁸² De opschortingsbepaling werd nog enigszins aangepast door de woorden 'threatening the interests of the people' te vervangen door 'threatening the life of the nation'.⁸³

Het Comité van Ministers ging snel akkoord met het ontwerp. In de opschortingsbepaling, artikel 15, werd slechts één kleine tekstuele aanpassing aangebracht: in het eerste lid werd in de frase 'to the extent strictly limited by the exigencies of the situation' het woord 'limited' vervangen door 'required'.⁸⁴ Het Comité van Ministers legde het concept-verdrag voor aan de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa. Ook deze aanvaardde het ontwerp, zij het dat nog enkele voorstellen voor aanvullingen en verbeteringen werden gedaan.⁸⁵ Over de opname van een opschortingsbepaling in het

80 *Travaux Préparatoires*, Vol. 3, p. 312 en 324; Svensson-McCarthy 1998, p. 287-289. De Franse en Italiaanse deskundigen meenden dat een gedetailleerde opschortingsbepaling niet paste in het ontwerp waarin alleen sprake was van opsomming van beginselen en waarin al een algemeen beperkingsclausule was opgenomen. De andere leden van het Comité van Deskundigen zagen in de opschortingsbepaling echter het voordeel dat deze onder alle omstandigheden een aantal fundamentele rechten als niet-opschortbaar (*notstandsfeest*) formuleerde. Bovendien zou de mededelingsplicht aan de Secretaris-Generaal een bijdrage kunnen leveren aan de bescherming van mensenrechten tijdens buitengewone omstandigheden. *Travaux Préparatoires*, Vol. 4, p. 30.

81 Naast het vraagstuk van strikte formulering van rechten dan wel opsomming van beginselen, waren ook de instelling van een Mensenrechtenhof, (al dan niet facultatief) individueel klachtrecht en de bevoegdheden van de in te stellen Europese Commissie voor de Rechten van de Mens voorwerp van uitvoerige debatten. Zie Klerk 1990, p. 10-12.

82 Per voorstel wisselde die meerderheid echter van samenstelling.

83 *Travaux Préparatoires*, Vol. 4, p. 280.

84 *Travaux Préparatoires*, Vol. 5, p. 128.

85 De Raadgevende Vergadering sprak zich uit voor het opnemen van een preambule, van bepalingen over het recht op eigendom en de rechten van ouders m.b.t. de opvoeding van hun kinderen en voor een aanpassing van de tekst inzake vrije verkiezingen. Alleen het voorstel over de preambule werd overgenomen door het Comité van Ministers. Klerk 1990, p. 13.

verdrag was echter geen verdere discussie. Op 4 november 1950 werd het EVRM in het Palazzo Barberini te Rome ondertekend.

6.3.3 Redenen voor de opname van opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen

Ook na bestudering van de totstandkomingsgeschiedenis van het IVBPR en het EVRM blijft het moeilijk om een exact antwoord te geven op de vraag naar de reden voor het opnemen van een opschortingsbepaling in de beide verdragen. Wat wel opvalt is dat de discussies over de opname van een opschortingsbepaling in het IVBPR beduidend feller en langduriger waren dan bij het EVRM. Dit zal er waarschijnlijk onder meer mee te maken hebben dat tijdens de totstandkoming van het EVRM de herinnering aan de Tweede Wereldoorlog nog zeer vers was en veel lidstaten van de Raad van Europa tijdens die oorlog genoodzaakt waren geweest om soms drastische, tegen het normale recht indruisende, noodmaatregelen te nemen ter bescherming van de nationale veiligheid en de democratische ordening (bijvoorbeeld het censureren van de pers en detentie van onderdanen van vijandelijke mogendheden).⁸⁶

De eerste reden voor het opnemen van een opschortingsbepaling in beide verdragen lijkt te liggen in het feit dat een dergelijke bepaling voorkwam in vrijwel alle nationale constituties.⁸⁷ Dit vormt voor Hartman de aanleiding om te stellen dat de voorstanders van een opschortingsbepaling vooral de beleidsvrijheid voor de verdragspartijen zo groot mogelijk wilden houden.⁸⁸ Zij meent dat de procedurele en materiële waarborgen opgenomen in de opschortingsbepalingen eerder dienden als dekmantel, om als te ernstige kritiek op het feit dat de opschortingsbepalingen de deur open zouden zetten voor misbruik te voorkomen, zonder dat die waarborgen nu bedoeld waren om de staten al te veel in de weg te leggen.⁸⁹ De opname van een flexibele bepaling voor crisissituaties was volgens haar ook nodig om te voorkomen dat staten de verdragen als een te grote inbreuk op hun nationale soevereiniteit zouden beschouwen en daarom geen partij bij de verdragen zouden willen worden.⁹⁰ Het is zeker niet uitgesloten, zelfs zeer waarschijnlijk, dat de eerste voorstellen voor opname van een opschortingsbepaling in IVBPR en EVRM vooral

⁸⁶ Vgl. Svensson-McCarthy 1998, p. 290.

⁸⁷ Daes 1980, p. 183, § 10; Hartman 1981, p. 11. Ook Questiaux, die d.m.v. een questionnaire de nationale regelgeving m.b.t. noodtoestanden en het opschorten van grondrechten inventariseerde, concludeert in haar rapport dat de normen die de internationale mensenrechtenverdragen bevatten over opschorting van verdragsverplichtingen i.h.k.v. noodtoestanden een afgeleide vormen van de algemeen voorkomende regels op nationaal niveau (Questiaux 1982, § 73).

⁸⁸ Hartman 1981, p. 6.

⁸⁹ *Idem*, p. 7.

⁹⁰ *Idem*, p. 3.

ingegeven waren door een streven naar zo groot mogelijke vrijheid voor de staat in geval van noodsituaties. Zowel bij het IVBPR als het EVRM was het Verenigd Koninkrijk voornamelijk pleitbezorger van een opschortingsbepaling en de Britten hadden ook aanzienlijke praktijkervaring met het gebruik van *martial law* en andere noodregelgeving in de Britse koloniën.⁹¹ Castberg stelt echter in zijn commentaar op het EVRM heel expliciet dat de belangrijkste reden om een opschortingsbepaling op te nemen lag op het gebied van de rechtszekerheid:

‘The drafters of the Convention (...) *obviously* [cursivering JPL] wanted to prevent arbitrary derogations from the Convention on the plea of the well-known, but dangerous, doctrine of necessity under constitutional and international law. Instead, an attempt has been made to prescribe the conditions and procedure which must be followed when such emergency steps are taken.’⁹²

Menig ander auteur uit zich in dezelfde zin.⁹³ Indien bij het opstellen van de mensenrechtenverdragen niet in een opschortingsbepaling was voorzien zou een staat zich in het geval van een noodsituatie aan het gehele verdrag kunnen onttrekken, bijvoorbeeld met een beroep op het *noodzaak*-beginsel of het *rebus sic stantibus*-beginsel. Opvallend is echter dat in de *travaux préparatoires* vrijwel nergens een verwijzing is te vinden naar deze ‘doctrine of necessity’ of naar bijvoorbeeld de theorieën over het ‘recht op zelfbehoud’ voor staten en het *rebus sic stantibus*-beginsel.⁹⁴ Wel wordt tijdens de voorbereiding van het IVBPR kort aangestipt dat bijvoorbeeld een situatie van oorlog er toe kan leiden dat een staat zich niet meer gebonden acht aan het verdrag, tenzij voor dergelijke situaties een speciale bepaling wordt opgenomen,⁹⁵ waardoor de meerderheid van de Commissie voor de Rechten van de Mens overtuigd raakt dat aan zo’n bepaling niet valt te ontkomen.

Bij de verdere besprekingen van de verschillende concept-teksten van de opschortingsbepalingen wordt steeds meer nadruk gelegd op de bescherming die de beoogde bepaling moet bieden, hetgeen onder meer resulteert in een

91 O’Donnell 1986, p. 679; Svensson-McCarthy 1998, p. 213.

92 Castberg 1974, p. 165.

93 Zie o.m. Higgins 1976-1977, p. 286; Schreuer 1982, p. 115; Daes 1980, p. 184, § 11; O’Donnell 1985, p. 30: ‘The inclusion of Article 4 in the Covenant on Civil and Political rights constitutes an attempt to regulate departures from the usual standards during times of acute crisis, that is, to extend the Rule of Law to this domain rather than create an exception to it.’

94 Waarbij in gedachten dient te worden gehouden dat ten tijde van het opstellen van de mensenrechtenverdragen de opvattingen over deze theorieën en beginselen nog zeer uiteen liepen. Vgl. bijv. Strupp 1920, p. 122-179 (over het ‘völkerrechtliche Notrecht’). De discussies binnen de ILC die hebben geleid tot codificatie (WVV) en concept-codificatie (ILC ontwerp-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid) van deze beginselen in een strikt gelimiteerde vorm, zijn van later datum. Zie daarover hoofdstuk 3 *supra*.

95 VN Doc. E/CN.4/SR.126 (1949), p. 9 en E/CN.4/SR.127 (1949), p. 3.

aantal niet-opschortbare rechten.⁹⁶ Verschillende malen wordt gewezen op het belang van het voorkomen van misbruik van de opschortingsbevoegdheid aangezien de geschiedenis te zien heeft gegeven dat noodmaatregelen dikwijls zijn ingeroepen om mensenrechten te onderdrukken en dictatoriale regimes op te zetten.⁹⁷ De uiteindelijke redactie van de opschortingsbepalingen is mijns inziens dan ook meer ingegeven door motieven van bescherming voor het individu dan door een streven naar ruimere vrijheid voor de staat, de opschortingsbepalingen werden door een aanzienlijke hoeveelheid staten pas aanvaard *nadat* daarin voorzien was in diverse waarborgen tegen misbruik.⁹⁸ En al werden de crisismoments waaronder verdragsstaten zouden mogen afwijken van hun verplichtingen onder het IVBPR en EVRM in de beide opschortingsbepalingen niet heel precies omschreven, de beide bepalingen maken toch

96 In het oorspronkelijke Britse ontwerp voor de opschortingsbepaling zijn die nog niet opgenomen.

97 Zie Svensson-McCarthy 1998, p. 209: bijv. de Franse onderhandelingsdelegatie zag de duidelijkheid en waarborg tegen misbruik die uit zouden gaan van het vermelden van niet-opschortbare rechten als belangrijkste voordeel van het opnemen van een opschortingsbepaling.

98 Zo ook Svensson-McCarthy 1998, p. 214. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van het AVRМ blijkt dat de discussie rondom de opschortingsbepaling steeds betrekking had op versterking van de mensenrechten bescherming en voorkoming van misbruik van het instrument noodtoestand. In 1968, al voor de totstandkoming van het AVRМ, stelde de IACieRM (die in 1960 was geïnstalleerd als een autonome instelling van de OAS ter bevordering van de mensenrechten) reeds een resolutie op over het opschorten van constitutioneel gewaarborgde mensenrechten tijdens noodtoestanden. Daarin werd de mogelijkheid om die constitutionele waarborgen op te schorten verbonden aan strikte voorwaarden, onder meer: officiële afkondiging van de noodtoestand, alleen in geval van een ernstige bedreiging voor het voortbestaan of de veiligheid van de staat, beperkte duur, proportionaliteitsbeginsel, discriminatieverbod, aantal niet-opschortbare rechten. Deze resolutie was van aanzienlijke invloed op de tekst van wat art. 27 AVRМ zou worden. Hoewel diverse staten zich tijdens de Inter-Amerikaanse Mensenrechtenconferentie in 1969, waar de laatste fase van de onderhandelingen over het AVRМ plaatsvond, zich hevig verzetten tegen de strikte voorwaarden en beperkingen waaraan het opschorten van de door het AVRМ gegarandeerde rechten werd gebonden, werden deze niet versoepeld. Zie hierover Svensson-McCarthy 1998, p. 242-252 en Orúa 1992, p. 14-16. De laatste geeft aan dat, hoewel de tekst van art. 27 lid 1 AVRМ een wat ruimere omschrijving van de noodsituaties die aanleiding kunnen vormen tot afwijking van de verdragsverplichtingen lijkt te geven (in de tekst worden immers – anders dan in art. 4 IVBPR en art. 15 EVRM – de termen ‘public danger’ en ‘threatens the independence or security of the State’ gehanteerd), de totstandkomingsgeschiedenis van art. 27 AVRМ duidelijk maakt dat met deze andere formulering geen wezenlijk ander ‘bedreigingscriterium’ werd beoogd dan in het IVBPR en het EVRM. In IAHRM 30 januari 1987, Advisory opinion OC-8/87 (Habeas Corpus in Emergency Situations – Arts. 27(2) and 7(6) ACHR), *Series A* No. 8, § 21, leidt het Inter-Amerikaanse Hof de beschermingsdoelstelling van de opschortingsbepaling in het AVRМ af uit de opname in die bepaling van een reeks niet-opschortbare rechten: ‘Article 27(2) provides that certain categories of rights may not be suspended under any circumstances. Hence, rather than adopting a philosophy that favors the suspension of rights, the Convention establishes the contrary principle, namely, that all rights are to be guaranteed and enforced unless very special circumstances justify the suspension of some, and that some rights may never be suspended, however serious the emergency.’

vooral duidelijk dat '[i]t was important that the States parties should not be left free to decide for themselves when and how they would exercise emergency powers, in order to guard against possible abuses by them in the exercise of such powers.'⁹⁹

Met O'Donnell¹⁰⁰ en in lijn met mijn opmerkingen in hoofdstuk 3 stel ik mij dan ook op het standpunt dat opschorting van de verdragsverplichtingen onder de mensenrechtenverdragen *niet* beschouwd moet worden als een 'sovereign prerogative reserved by the state', maar als een mogelijkheid waarvan alleen gebruik gemaakt kan worden *indien en voor zover* die verdragen daarvoor zelf ruimte laten en die ook voor het overige onderworpen is aan de regels van het internationale recht.

6.4 HET VERSCHIL TUSSEN OPSCHORTING VAN MENSENRECHTEN EN BEPERKING VAN MENSENRECHTEN

6.4.1 Staatsveiligheid als beperkingsgrond en staatsveiligheid als opschortingsgrond: een vooronderstelling

In de voorgaande hoofdstukken 4 en 5 is duidelijk geworden dat het EVRM en IVBPR (en ook het AVRVM) naast een opschortingsbepaling ook specifieke clausules bevatten om diverse rechten in te perken. In hoofdstuk 5 was de aandacht geconcentreerd op het doelcriterium 'bescherming van de nationale veiligheid' dat in diverse beperkingsclausules wordt genoemd als grond voor de beperking van bepaalde rechten. Een relevante vraag nu gesteld kan worden is: Wat is het verschil tussen *beperking* van een bepaald grondrecht ter bescherming van de nationale veiligheid en *opschorting* van een grondrecht vanwege een situatie die de staatsveiligheid ernstig bedreigt?

Vanwege (a) de verwantschap tussen de beperkingsgrond 'bescherming van de nationale veiligheid' en de opschortingsgrond 'ernstige bedreiging voor het voortbestaan van de natie' en (b) de in de jurisprudentie aanvaarde ruime strekking van de overige aan handhaving van de openbare orde gerelateerde beperkingsgronden ('public order', 'prevention of disorder', etc.) in de bijzondere beperkingsclausules, zou men kunnen denken dat het opschorten van rechten alleen zin heeft met betrekking tot die rechten die niet voorzien zijn van zo'n bijzondere beperkingsclausule. Uit de hierboven geschetste toestand-

99 Daes 1980, p. 184, § 11; VN Doc. A/2929, Ch. V, § 37.

100 O'Donnell 1985, p. 29. Vgl. ook *Siracusa Principles* 61 en 64. *Principle 61* luidt: 'Derogation from rights recognized under international law in order to respond to a threat to the life of the nation is not exercised in a legal vacuum. It is authorized by law and as such it is subject to several legal principles of general application.' *Principle 64*: 'In a public emergency the rule of law shall still prevail. Derogation is an authorized and limited prerogative in order to respond adequately to a threat to the life of the nation. (...)'

komingsgeschiedenis van de opschortingsbepalingen werd echter reeds duidelijk dat de mogelijkheid voor de verdragsstaten om af te wijken van de verdragsverplichtingen geschapen werd met het oog op maatregelen ter bescherming van de staatsveiligheid die verder zouden gaan dan 'gewone' beperkingen op de uitoefening van bepaalde rechten. De betekenis van de mogelijkheid om af te wijken van de verdragsverplichtingen was – althans in de visie van de verdragsopstellers – niet beperkt tot de verdragsbepalingen die geen bijzondere beperkingsclausule kennen. Is het nu echter mogelijk om een materiële grens te bepalen tussen 'beperking' en 'opschorting'? Deze vraag kan op dit moment nog niet afdoende beantwoord worden, want deze vergt een uitvoeriger bestudering van de (jurisprudentie en doctrinevorming over de) opschortingsbepalingen. Wel kan een enkele vooronderstelling worden geformuleerd naar aanleiding van een eerste blik op de opschortingsbepalingen in het licht van de constatering en conclusies over de beperkingsgrond 'national security' in het voorgaande hoofdstuk van deze studie.

Wat opvalt is dat bij sommige mensenrechten niet voorzien is in een mogelijkheid om het betreffende recht te beperken op grond van de bescherming van de nationale veiligheid, terwijl die rechten wel om staatsveiligheidsredenen kunnen worden opgeschort. Dit is het geval bij enkele rechten die in het geheel geen bijzondere beperkingsclausule kennen: het recht om te huwen en een gezin te stichten (artikel 12 EVRM) en het recht zonder inmenging een eigen mening te koesteren (artikel 19 lid 1 IVBPR). De situatie doet zich echter ook voor bij de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst zoals gegarandeerd door artikel 9 EVRM en is daar des te opmerkelijker. Artikel 9 is in het tweede lid voorzien van een beperkingsclausule waarin wel de beperkingsgronden 'public safety' en 'public order' worden genoemd, maar *niet* het doelcriterium 'national security' is opgenomen.¹⁰¹ De *travaux préparatoires* geven weliswaar geen duidelijk antwoord op de vraag waarom dit doelcriterium niet is opgenomen, maar in de doctrine wordt menigmaal aangenomen dat de opstellers van het EVRM enerzijds simpelweg geen goede redenen konden bedenken waarom de belijdenisvrijheid ooit beperkt zou moeten worden ter bescherming van de nationale veiligheid en anderzijds het doelcriterium 'national security' in dit verband te vaag vonden en te veel mogelijkheden vonden bieden voor misbruik.¹⁰² Als staatsveiligheidsredenen

101 Op grond van art. 9 lid 2 EVRM kan overigens alleen het recht om een godsdienstige of andere levensbeschouwelijke overtuiging *tot uiting te brengen* aan beperkingen worden onderworpen. Het recht om een innerlijke godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging *te hebben*, kan niet worden beperkt op grond van het tweede lid. Wat dit aspect betreft, komt de situatie van art. 9 EVRM overeen met die bij art. 19 lid 1 IVBPR: beperking is niet mogelijk, maar opschorting wel.

102 Vgl. Cameron 2000, p. 349-350. De eerste reden vormde de achtergrond voor artikel 8 van de Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency, die in 1984 werden vastgesteld door de International Law Association (zie Chowdury 1989, p. 219-221). De tweede reden was doorslaggevend voor het achterwege laten van de beperkinggrond

geen goede redenen kunnen vormen om een bepaald recht in te perken lijkt het vreemd om staatsveiligheidsredenen wel als gereede grond te beschouwen om het recht op te schorten, ... tenzij 'de staatsveiligheid' als beperkingsgrond niet volledig hetzelfde is als 'de staatsveiligheid' als opschortingsgrond.

Dat laatste is naar mijn mening het geval. In het voorgaande hoofdstuk 5 van deze studie is duidelijk geworden dat de 'national security' als beperkingsgrond ook aan de orde kan zijn als geen sprake is van openbare-ordeverstoringen, bijvoorbeeld indien de nationale veiligheid bedreigd wordt door spionageactiviteiten of door de dreigende openbaarmaking van militaire of andere staatsgeheimen. Er zijn wel situaties die een bedreiging opleveren van de nationale veiligheid en tegelijkertijd ook een verstoring van de openbare orde opleveren, maar voor die situaties is een beroep op de beperkingsgrond 'national security' niet nodig. Dergelijke situaties worden dan (ook) gedekt door de beperkingsgronden 'public order', 'prevention of disorder' etc. Terugkijkend naar artikel 9 EVRM kan dan worden geconcludeerd dat handhaving van de openbare orde wel een gegronde reden is voor beperking van de belijdenisvrijheid, maar dat voor zover de bescherming van de staatsveiligheid meer omvat dan (ook op andere situaties ziet dan) die openbare-ordehandhaving – bijvoorbeeld bestrijding van spionage of voorkoming van openbaarmaking van staatsgeheimen – daarin geen reden kan liggen voor beperking van deze vrijheid. Indien daarentegen de staatsveiligheid in artikel 15 EVRM wel een grond oplevert om de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM op te schorten, dan moet de bedreiging van de staatsveiligheid die opschorting rechtvaardigt naar mijn idee bestaan uit een situatie die tenminste ook een (ernstige) verstoring van de openbare orde oplevert of op korte termijn dreigt op te leveren.¹⁰³ Met andere woorden: de staatsveiligheid als beperkingsgrond kan aan de orde zijn zonder dat zich ernstige ongeregelheden voordoen, maar de staatsveiligheid als opschortingsgrond vergt dat juist wel (ook) sprake is van – reeds uitgebroken of op korte termijn dreigende – ernstige en gewelddadige ongeregelheden. Het criterium 'public emergency threatening the life of the nation' uit de opschortingsbepalingen – dat ik in hoofdstuk 7 aanduid als 'het bedreigingscriterium' – ziet op bedreigingen van de staatsveiligheid die gepaard gaan met ernstige ordeverstoringen en geweldpleging. Deze interpretatie lijkt ook ondersteund te worden door het feit dat – althans in artikel 15 EVRM – de frase '*war or other public emergency ...*' is opgenomen: de bedreiging van de staatsveiligheid moet er één zijn die vergelijkbaar is met een oorlog, hetgeen grootschalige ongeregelheden en gewelddadigheden impliceert.

'national security' in art. 18 IVBPR (zie Bossuyt 1987, p. 366 en Lockwood e.a. 1985, p. 34 en 70).

103 Vgl. Dinstein 1993, p. 342.

6.4.2 Overige verschillen tussen opschorting en beperking van mensenrechten

In het verlengde van het bovenstaande, maar los van de specifieke inhoud van het bedreigingscriterium in de opschortingsbepalingen, kunnen – voorafgaand aan een nadere analyse van de opschortingsbepalingen – nog wel wat andere algemene punten van onderscheid tussen ‘beperking’ en ‘opschorting’ worden aangegeven.

In de eerste plaats is er een verschil in de omstandigheden waaronder van de clauses gebruik kan worden gemaakt. De beperkingsclauses die verbonden zijn aan een aantal specifieke rechten voorzien in de mogelijkheid van beperking van rechten in ‘vredestijd’, dat wil zeggen: tijdens *normale* situaties c.q. onder *normale* omstandigheden. Deze beperkingsclauses zijn bedoeld ‘for application in the daily life of States’¹⁰⁴ en ‘for situations which can almost regularly arise in communities of some size’.¹⁰⁵ De opschortingsbepalingen zijn echter alleen bedoeld voor *buitengewone* omstandigheden, voor oorlogs- of andere *noodsituaties*, die het voortbestaan van de natie bedreigen.¹⁰⁶ Opschorting van rechten is slechts toegestaan in een situatie die buitengewoon gevaar oplevert voor de staat: de bedreiging van de staatsveiligheid die opschorting kan rechtvaardigen moet niet alleen gepaard gaan met ordeverstoringen, maar die ordeverstoringen moeten ook uitzonderlijk ernstig zijn.

Een tweede verschil, dat overigens wel nauw met het eerste samenhangt, is de tijdsduur. Opschorting is een uitzonderlijke en *tijdelijke* maatregel, terwijl de gewone beperkingen een permanent karakter kunnen hebben. Het tijdelijke karakter van de opschorting blijkt alleen al uit het feit dat het derde lid van artikel 15 EVRM en van artikel 4 IVBPR de verdragsstaten verplicht om aan de Secretaris-Generaal te melden wanneer de noodmaatregelen zijn ingetrokken en de betreffende staat weer volledig conform de verdragsverplichtingen handelt.

Daar staat als derde verschil echter min of meer tegenover dat de bijzondere beperkingsclauses alleen toegepast kunnen worden bij de rechten waaraan ze verbonden zijn, terwijl de opschortingsmogelijkheid alle rechten betreft, met uitzondering van de *notstandsfeite* rechten. Algemene beperkingsclauses zoals de in hoofdstuk 4 besproken anti-misbruikbepalingen zijn wat betreft deze algemene (op diverse rechten betrekking hebbende) werking echter weer vergelijkbaar met de opschortingsbepalingen.

Een vierde verschil betreft de vraag in hoeverre de gevolgen van opschorting anders zijn dan van ‘normale’ beperking. Ik meen dat als uitgangspunt gehanteerd kan worden dat er in het geval van beperking altijd nog sprake

104 Oraá 1992, p. 9.

105 Stein 1982, p. 124.

106 Higgins 1981, p. 281-282.

moet zijn van enig genot van het betreffende recht.¹⁰⁷ Beperking kan het recht nooit volledig teniet doen. Opschorting zou een recht in beginsel wel volledig opzij kunnen zetten, maar daarbij past dan meteen de nuancering dat de door de staat getroffen noodmaatregelen die opschorting van bepaalde rechten vergen niet verder mogen gaan dan strikt vereist is door 'the exigencies of the situation'.¹⁰⁸ Dit maakt dat het niet makkelijk is om een duidelijke 'materiële grens' te trekken tussen beperking en opschorting: welke maatregelen leveren nu een dusdanig grote inbreuk op bepaalde mensenrechten op dat zij niet meer zijn aan te merken als een 'gewone' beperking, maar als een opschorting moeten worden beschouwd?¹⁰⁹

Een vijfde en laatste verschil is gelegen in de wijze van totstandkoming en heeft onder meer te maken met de, in de woorden van Oraá, 'international accountability'.¹¹⁰ De specifieke beperkingsclausules in EVRM en IVBPR vereisen geen aparte mededeling van de maatregelen die de beperking veroorzaken richting de verdragspartners, terwijl de opschortingsbepalingen mededeling aan de Secretaris-Generaal als voorwaarde stellen. Daar staat echter tegenover dat op het nationale niveau de EVRM-beperkingsclausules onder meer vergen dat 'normale' beperkingen *bij de wet* moeten zijn voorzien,¹¹¹ hetgeen toch een bepaalde mate van openbaarheid impliceert,¹¹² terwijl dit vereiste in de opschortingsbepalingen ontbreekt. Het is aan het nationale recht overgelaten hoe een noodtoestand die opschorting van mensenrechten met zich brengt, kan worden ingesteld. Het EVRM zegt zelfs niets over de publiekelijke bekendmaking van de noodtoestand.

107 Dit wordt m.i. ondersteund door de formulering van artikel 17 EVRM en artikel 5 lid 1 IVBPR.

108 Ik ga hier in § 6.7.1 verder op in.

109 De in hoofdstuk 5 onderzochte jurisprudentie over de beperkingsgrond 'national security' en aanverwante beperkingsgronden leverde geen zaken op waarin een van de toezichthoudende organen hierover ooit opmerkingen maakte. De nadere analyse van de jurisprudentie over de opschortingsbepalingen zal het wellicht mogelijk maken een duidelijker antwoord te geven op deze vraag.

110 Oraá 1992, p. 9-10.

111 Zie over het criterium 'prescribed by law/in accordance with the law' en het 'stappen-schema' waarmee het EHRM bij toetsing aan de beperkingsclausules te werk gaat o.m. Bellekom 1990, p. 68-74.

112 Het EHRM ontleedt het vereiste 'prescribed by law' in een drietal deelveisten. Beperkingen dienen herleidbaar te zijn tot een nationale rechtsbron (*basis in domestic law*), die voor justitiabelen algemeen toegankelijk is (*accessibility*) en waaruit zij zich een voorstelling moeten kunnen maken van wat hen bij de uitoefening van de desbetreffende vrijheid eventueel aan beperkingen en sancties te wachten staat, om hun gedrag daarop te kunnen afstemmen (*foreseeability*). Zie hierover § 4.7.1. *supra*.