



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).

7 | Voorwaarden voor toepassing van de opschortingsmogelijkheid

7.1 HET BESTAAN VAN EEN 'PUBLIC EMERGENCY THREATENING THE LIFE OF THE NATION': HET BEDREIGINGSCRITERIUM

Nu ik het ontstaan van de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen en de plaats van die bepalingen naast andere beperkingsmogelijkheden in grote lijnen heb geschetst, wordt het tijd om nauwkeuriger te kijken naar de inhoud van de opschortingsbepalingen. In de volgende paragrafen worden de voorwaarden waaraan volgens artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR moet zijn voldaan om opschorting van mensenrechten te rechtvaardigen nader besproken. Centraal staat hierbij de wijze waarop die voorwaarden in de jurisprudentie van de toezichthoudende organen nader zijn uitgewerkt en inhoud gegeven. Ik ga in op eventuele verschillen tussen beide bepalingen en waar relevant worden de beide bepalingen vergeleken met opschortingsbepalingen uit andere mensenrechtenverdragen.

De eerste voorwaarde waaraan moet zijn voldaan voordat een staat rechtmatig kan overgaan tot het uitroepen van een noodtoestand en het opschorten van mensenrechten is dat er sprake moet zijn van een *echte* ernstige noodsituatie, een 'public emergency threatening the life of the nation'. Om te beginnen moet bepaald worden of de waarden die de autoriteiten met de opschorting van rechten en vrijheden beogen te beschermen ook werkelijk in het geding zijn. Het 'bedreigingscriterium' neemt, samen met het proportionaliteitsbeginsel een centrale plaats in binnen de opschortingsproblematiek. De statenpraktijk laat namelijk zien dat:

'[t]he most severe problems of abuse in the declaration of an emergency arise where the threat is merely perceived or feared rather than real, where emergency measures are prolonged long after any period of true danger, where a particular regime seeks to perpetuate itself against popular opposition, or where a new regime seeks to impose itself without a commitment to the popular will.'¹

1 Hartman 1985, p. 91. Opgemerkt moet worden dat de statenpraktijk een enkele keer ook voorbeelden te zien geeft van staten die te maken krijgen met een noodsituatie en expliciet aangeven geen maatregelen te willen treffen die opschorting van bepaalde mensenrechten inhouden. Zie de mededeling van de Cypriotische regering aan het VN-Mensenrechtencomité na de inval door Turkse troepen in 1974, waarin zij o.m. stelde 'it has been considered more appropriate not to take any measures which would in any way adversely affect the enjoyment of human rights' (weergegeven in VN Doc. A/34/40 (1979), § 383).

Het is derhalve van belang te zien hoe het bedreigingscriterium in de jurisprudentie en verdere doctrine is uitgelegd en nader vorm gegeven. Alvorens hier op in te gaan, moet echter worden stilgestaan bij enkele verschillen in de formulering van het bedreigingscriterium tussen de diverse opschortingsbepalingen en enkele doctrinaire overwegingen met betrekking tot dat criterium die vooral geïnspireerd werden door de discussies tijdens de totstandkoming van die bepalingen.

7.1.1 Verschillen in de formulering van het bedreigingscriterium

In het oog springt dat het IVBPR op dit punt een klein tekstueel verschil vertoont ten opzichte van het EVRM. In het IVBPR wordt de mogelijkheid van *oorlog* als aanleiding voor de opschorting van bepaalde rechten buiten beschouwing gelaten. Artikel 15, eerste lid, EVRM spreekt daarentegen van ‘war or other public emergency’.² Het AVRМ heeft het over ‘war, public danger or other public emergency’. Deze tekstuele verschillen doen echter inhoudelijk niet zo ter zake. Een oorlog zal immers per definitie een ‘public emergency’ opleveren: oorlog kan worden gezien als het meest dramatische voorbeeld van een ‘public emergency’ die het voortbestaan van de natie kan bedreigen.³ De omissie in het IVBPR is wel een bewuste, zo blijkt uit de *travaux préparatoires*.⁴ De opstellers van het verdrag hechtten eraan om iedere verwijzing naar oorlog – zelfs impliciet – te vermijden, aangezien de VN juist was opgericht om oorlogen te voorkomen.⁵ Het vermijden van de term ‘oorlog’ in het IVBPR had echter geenszins tot doel om staten de mogelijkheid te ontfangen in een oorlogssituatie bepaalde rechten op te schorten.⁶

Een tweede verschil tussen de verdragsteksten dat opvalt, is het genoemde object van de dreiging. Zowel in het IVBPR als in het EVRM moet ‘the life of the nation’ in gevaar zijn. Het AVRМ bevat daarentegen een op het eerste oog veel ruimere grond: ‘the independence and security of a State Party’ moet bedreigd zijn. Svensson-McCarthy komt na een grondige analyse van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 27 AVRМ echter tot de conclusie dat de afwijkende terminologie in dit artikel is ingegeven door de wens om aan

Het opwekken van internationale sympathie zal aan deze mededeling niet geheel vreemd geweest zijn.

² Zo ook art. 30 ESH.

³ Buergenthal 1981, p. 79. Svensson-McCarthy 1998, p. 214, voegt hier aan toe dat het dan wel moet gaan om een oorlog die zo ernstig is dat het voortbestaan van de natie daardoor bedreigd wordt. Zie voor een verdere analyse van de betekenis van het begrip oorlog in art. 15 EVRM: Ergec 1987, p. 129-133.

⁴ VN Doc. A/2929, part. II, ch. 5, § 39; VN Doc E/CN.4/SR.330 (1952).

⁵ VN Doc. A/2929, part II, ch. 5, § 39 en E/CN.4/SR.330 (1952); Vgl. Van Hoof 1977, p. 213.

⁶ VN Doc. A/2929, part. II, ch. 5, § 39; Oraá 1992, p. 12. Zie ook het uitvoerige overzicht van de totstandkoming van dit onderdeel van art. 4 IVBPR in Svensson-McCarthy 1998, p. 200-213.

te sluiten bij 'the emergency terms used in the various constitutions of the American states' en niet op een ander type crises ziet dan omschreven in artikel 4 IVBPR en artikel 15 EVRM. Zij gaat er van uit dat de in artikel 27 AVRМ gehanteerde terminologie geïnterpreteerd moet worden conform de betekenis die daaraan gegeven werd door Martins, die als rapporteur voor de IACieRM een voorbereidende studie verrichtte naar een bepaling over noodtoestanden in een in het kader van de OAS op te stellen mensenrechtenverdrag. Zijn studie was van grote invloed op de uiteindelijke formulering van artikel 27 AVRМ. Martins begreep onder een bedreiging voor 'the independence and security of the State':

'a real and imminent danger to the existence of the people as a Nation; to the survival of the State as a sovereign and independent political entity; to the integrity of the territory; to the respect for the political Constitution in force; to the exercise of the legitimate powers by the constitutional authorities.'⁷

7.1.2 De betekenis van 'the life of the nation': een relatie met het functioneren van democratische structuren en instituties?

Wat moet verstaan worden onder 'the life of the nation'? Wanneer is 'the life of the nation' in het geding? Dat over de exacte betekenis van deze frase discussie mogelijk is, wordt alleen al duidelijk uit de Nederlandse vertaling van artikel 15, eerste lid, EVRM en artikel 4, eerste lid, IVBPR. In de officiële Nederlandse vertaling van artikel 4 IVBPR wordt 'the life of the nation' vertaald met 'het bestaan van het volk'. In de Nederlandse tekst van artikel 15 EVRM werden tot 1990 dezelfde woorden gehanteerd. Naar aanleiding van de veertigste verjaardag van het EVRM werd echter een nieuwe vertaling uitgebracht, omdat de oude (uit 1951) 'enige onvolkomenheden' bevatte.⁸ In de Nederlandse vertaling van artikel 15 EVRM wordt nu, evenals in die van artikel 30 ESH gesproken over 'het bestaan van het land'. De vertaling 'het bestaan van het volk' in artikel 4 IVBPR lijkt inderdaad wat onzorgvuldig. Hoewel in een bepaalde context de term 'nation' wel degelijk als 'volk' vertaald kan worden, doet deze vertaling niet helemaal recht aan de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 4. De *travaux préparatoires* geven immers te zien dat de formulering 'threatening the interests of the people', na aanvankelijk aanvaard te zijn, in

7 Svensson-McCarthy 1998, p. 249. De hier vermelde Engelse tekst is een door haar gemaakte vertaling van het rapport-Martins dat in het Spaans is opgesteld (D.H. Martins, 'La protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o "estado de sitio"', OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.15, doc 12 (1966)). Oraá 1992, p. 14-16, komt tot een zelfde conclusie als Svensson-McCarthy.

8 Zie het voorwoord van Minister van Buitenlandse Zaken H. van den Broek in: N. Gevers Leuven-Lachinski/Y.S. Klerk (red.), *Veertig jaar Mensenrechten in de Raad van Europa*, Den Haag: Ministerie van Buitenlandse Zaken 1990, p. 7.

een laat stadium van de onderhandelingen weer werd ingeruild voor 'which threatens the life of the nation' (zie *supra* § 6.3.1).⁹

In de literatuur zijn over de betekenis van 'the life of the nation' diverse theorieën naar voren gebracht. Illustratief zijn de bespiegelingen van Schreuer uit 1982:

'One possible interpretation is that the threat to the life of the nation is to be understood as a threat to the existing power structure. More specifically, ruling elites who believe that their position or the constitutional structure on which it rests is endangered are entitled to derogate from human rights obligations. In this generalized form, such a claim is hardly acceptable. It would mean that nonviolent opposition or even an election victory by the opposition party might justify derogation. A solution to this dilemma might be to accept such a claim only in favor of democratic political systems, but to deny it to totalitarian regimes. This reading of "emergency threatening the life of the nation" might be acceptable in the framework of the Council of Europe with its relatively homogeneous political values and power structures, but it is probably unworkable on a global level. Ideas about democracy and about preferred political order are too diverse to provide a viable consensus on this question.'¹⁰

In tegenstelling tot Schreuer zien Questiaux en Hartman geen bezwaren om ook op universeel niveau nadrukkelijk een verband te leggen tussen 'the life of the nation' en het functioneren van de democratische instituties van de staat: 'No derogation is legitimate unless it is clearly aimed in good faith at the preservation of democratic institutions and a return to their full operation at the earliest opportunity.'¹¹ Hartman meent dat de opschortingsbepaling uit het IVBPR (artikel 4) gelezen moet worden in samenhang met de IVBPR-bepalingen die de basisgedachte van democratisch bestuur, die aan het IVBPR ten grondslag ligt, weergeven, namelijk de artikelen 1, 2, 5 en 25.¹² Vanuit dat

9 Overigens vormt de exacte betekenis van het begrip 'volk' ('people'), zoals bijv. gehanteerd in art. 1 IVBPR over het zelfbeschikkingsrecht, een bron van eeuwigdurende discussies. De VN zijn er nog nimmer in geslaagd dit begrip exact te definiëren. Uit VN Doc. E/CN.4/SR.330 (1952), p. 14 blijkt dat het begrip 'nation' in art. 4 IVBPR werd geprefereerd boven 'people' omdat bij dit laatste woord onduidelijkheid zou kunnen bestaan of hiermee nu alleen het gehele volk of ook een deel daarvan wordt aangeduid.

10 Schreuer 1982, p. 122. Vgl. Ergec 1987, p. 138-140.

11 Questiaux 1982, § 160-161; Hartman 1985, p. 91. Zie ook Siracusa Principle 62.

12 Artikel 1 IVBPR garandeert het recht op zelfbeschikking voor volkeren. Artikel 2 verplicht de verdragsstaten om aan alle burgers onder hun jurisdictie de in het verdrag opgesomde rechten te eerbiedigen en te verzekeren. Artikel 5 is de zogenaamde 'anti-misbruikbepaling': personen of staten mogen zich niet op enige bepaling van het verdrag beroepen om activiteiten te rechtvaardigen die gericht zijn op het tenietdoen van de door het IVBPR gegarandeerde rechten. Artikel 25 garandeert het recht op deelname aan de besluitvorming over openbare aangelegenheden (eventueel via volksvertegenwoordigende organen), het recht om te kiezen en om gekozen te worden tijdens algemene, geheime en periodieke verkiezingen. Vgl. op dit punt Stein 1982, p. 123: 'Not any right claimed by the State and its organs can be appropriate to derogate from individual freedoms which have been

perspectief moet het opschorten van grondrechtenbescherming als illegitiem beschouwd worden indien dit geschiedt door een regering die niet kan bogen op enige democratische legitimatie of niet streeft naar het binnen afzienbare tijd verwerven van enigerlei democratische legitimatie.¹³ Fitzpatrick argumenteert dat gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid door een anti-democratisch bewind kan worden aangemerkt als handelen in strijd met de anti-misbruikbepalingen die ook in de mensenrechtenverdragen zijn opgenomen (artikel 17 EVRM, artikel 5, eerste lid, IVBPR en artikel 29 AVR), omdat dit zou neerkomen op handelen dat gericht is op de vernietiging van bepaalde door die verdragen gegarandeerde rechten (in het bijzonder het kiesrecht en het recht op democratisch bestuur).¹⁴ Ook Buergenthal acht dit een goed verdedigbaar standpunt.¹⁵

De statenpraktijk laat echter zien dat het niet uitgesloten is dat een niet-democratisch gelegitimeerd, revolutionair regime, aan de macht gekomen door een staatsgreep, gebruikmaakt van de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen. Dit gebeurde onder meer door het Griekse kolonelsbewind in 1967. In de statenklachtprocedure, aangespannen door de Denemarken, Noorwegen, Zweden en Nederland naar aanleiding van diverse maatregelen genomen door het nieuwe Griekse bewind (de *Greek Case*), betoogde de nieuwe Griekse regering ten overstaan van de ECieRM onder meer dat het nieuwe bewind een revolutionair karakter had. Het bewind was weliswaar gebonden aan de internationale verplichtingen die waren aangegaan door zijn voorgangers, maar 'the actions by which it maintained itself in power and which were also the original subjects of the revolution, could not logically be subject to the control of the Commission, anymore than the reasons justifying the revolution'. De ECieRM vond het revolutionair karakter van het Griekse bewind echter geen reden om zijn optreden niet te toetsen aan het EVRM, onder meer aan artikel 15.¹⁶ Deze opvatting wordt in de literatuur doorgaans positief gewaardeerd: ook het optreden van revolutionaire regimes kan dan immers getoetst worden aan de normen van artikel 15 EVRM.¹⁷ Deze positieve waardering van de ECieRM-opvatting zal mede zijn ingegeven door het eindoordeel van de Commissie in de *Greek case*: zij meende dat de Griekse regering niet bewezen had dat de situatie in Griekenland ten tijde van de staatsgreep voldeed aan de maatstaven van artikel 15, eerste lid, EVRM: er was onvoldoende aangetoond dat sprake was van een 'public emergency threatening the life of the nation'.¹⁸ Aan de andere kant moet ook worden geconstateerd dat de ECieRM

guaranteed in principle, but only such rights can do so as are necessary for the fulfilment of the State's tasks in the best interests of a democratic community.'

13 Hartman 1985, p. 92.

14 Fitzpatrick 1994(b), p. 207.

15 Buergenthal 1981, p. 87.

16 Zie hierover Alkema 1968, p. 468-469.

17 Zie o.m. Hartman 1985, p. 118-119; Buergenthal 1981, p. 87. Vgl. Macdonald 2000, p. 823-824.

18 In § 7.1.4.2 kom ik hierop nog uitvoeriger terug.

klaarblijkelijk in beginsel wel bereid is te accepteren dat een regime een noodtoestand uitroept en afwijkt van de verdragsverplichtingen onder het EVRM indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de noodsituatie nu juist de machtsgreep door dat regime is, hetgeen enigszins afbreuk doet aan de idee dat de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen bedoeld zijn voor noodsituaties waarvoor de overheid zich onverwacht en ongewild geplaatst ziet en bovendien het risico oplevert dat een regime dat een beroep wil doen op de opschortingsbepalingen 'might be tempted to provoke an atmosphere of violence in order to support its claim that an emergency threatening the life of the nation exists'.¹⁹

De anti-misbruikbepalingen kunnen en moeten naar mijn gevoel in situaties waarin sprake is van een revolutionaire machtsovername, maar verder wel voldaan wordt aan de maatstaven van het eerste lid van artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR, een aanvulling op het toetsingkader vormen: indien er duidelijke indicaties zijn dat de noodtoestand misbruikt wordt om bijvoorbeeld politieke oppositie uit te schakelen of te onderdrukken, kan onder verwijzing naar artikel 17 EVRM of artikel 5, eerste lid, IVBPR de opschorting van verdragsverplichtingen in strijd met de beide verdragen worden geoordeeld.²⁰ Dit past ook bij de nadruk die tijdens de totstandkoming van de opschortingsbepalingen werd gelegd op het voorkómen van misbruik. In dit verband stelt Lockwood:

'A government which engages in the systematic abuse of human rights has no basis for justifying the measures taken for its self-preservation on the grounds of national

¹⁹ Schreuer 1982, p. 123.

²⁰ Castberg 1974, p. 170 wijst in dit verband ook op art. 18 EVRM: 'If (...) it is plain that revolutionary seizure of power was effected to an authoritarian end with systematic use of means inconsistent with the norms of the Convention and to further interests which are clearly not among the objectives of the Convention – then Art. 15 may not be invoked, regardless of the gravity of the crisis. One must not lose sight of the principle in Art. 18 of the Convention: "The restrictions permitted under this convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed". This principle also applies to derogations from these rights which are recognised in Art. 15.' Vgl. ook Macdonald 2000, p. 824. Ergec 1987, p. 187, lijkt deze gedachte af te wijzen.

In het kader van de Organisatie (voorheen: Conferentie) voor Veiligheid en Samenwerking in Europa (OVSE) werden in 1990 en 1991 conferenties georganiseerd over noodtoestanden de 'human dimension' van de (toen nog) CVSE. Met name tijdens de Conferentie in Moskou in 1991 werd door de CVSE-lidstaten overeenstemming bereikt over minimum-waarborgen m.b.t. de bescherming van mensenrechten waaraan ook tijdens noodsituaties die de staatsveiligheid ernstig bedreigen voldaan zou moeten worden. Deze zijn neergelegd in § 28.1-28.10 van het slotdocument van de Moskou-Conferentie (opgenomen in Bloed 1993, p. 95-98). Hierin wordt zowel de relatie met de bescherming van de democratische structuren als de gedachte van de anti-misbruikbepalingen uit de mensenrechtenverdragen geëxpliciteerd in verband met het uitroepen van een noodtoestand. § 28.1 van dit document stelt dat een 'state of public emergency may not be used to subvert the democratic constitutional order, nor aim at the destruction of internationally recognized human rights and freedoms.'

security. A state may be said to be secure only when all of its constituent elements, its territory, its inhabitants, and its government are secure. Security in regard to the inhabitants consists of the inviolability of their human rights. In a state where security to inhabitants is completely lacking, state security cannot be said to exist. Such a government cannot justify limitations on the rights to protect national security when, in fact, there is no state security to protect, but only the government's interest in self-preservation.²¹

In lijn met deze redenering zou dus kunnen worden gesteld dat het bij een bedreiging voor 'the life of the nation' erom draait dat niet slechts de veiligheid van de regerende elite, maar van de staat als zodanig – dat wil zeggen het territoire, de inwoners en het regeeringsapparaat – bedreigd wordt. Tot die veiligheid van de inwoners hoort ook de bescherming van hun mensenrechten en daarop moet het regeeringsapparaat dan ook (mede) gericht zijn.²² Een zodanige gerichtheid vergt in de regel een democratisch regeeringsbestel. Dit brengt overigens wel met zich dat een ernstige (gewelddadige) bedreiging van de instituties van zo'n democratisch regeerbestel dan ook als een bedreiging voor 'the life of the nation' kan worden beschouwd.

7.1.3 Typen van situaties die als een 'bedreiging' aangemerkt kunnen worden

Zowel bij het opstellen van het EVRM als gedurende de totstandkomingsonderhandelingen van het IVBPR werden ernstige interne politieke ongeregeldeheden en terroristische acties door diverse onderhandelingsdelegaties herhaaldelijk aangemerkt als gegronde redenen voor gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid.²³ Dergelijke omstandigheden zijn ook aan de orde geweest in de jurisprudentie van de verdragsorganen en zullen in de volgende paragrafen nog nader aan de orde komen. Tijdens en naar aanleiding van de totstandkomingsonderhandelingen van beide verdragen – maar met name het IVBPR – is echter ook gediscussieerd over diverse andere typen van situaties die al dan niet als een bedreiging van het voortbestaan van de natie aangemerkt zouden kunnen worden, zonder (althans vrijwel zonder) dat over deze situaties inmiddels jurisprudentie van de verdragsorganen is gevormd. Met betrekking tot deze typen van situaties vormen derhalve alleen de *travaux préparatoires* en de opinies van commentatoren een houvast. Ik stip hier kort enkele van die discussies aan.

Tijdens het opstellen van het IVBPR werd in 1950 nog een Frans voorstel geaccepteerd om in de opschortingsbepaling een clause op te nemen die ook natuurrampen en andere rampen expliciet aanmerkte als mogelijke reden

21 Lockwood 1985, p. 71-72.

22 Vgl. op dit punt ook § 5.81-5.8.3 *supra*.

23 Zie Hartman 1981, p. 4; *Travaux préparatoires*, vol. 1, p. 152; Hartman 1985, p. 98 en in het bijzonder UN Doc A/C.3/SR.1260 (1963), p. 253.

om verdragsverplichtingen op te schorten.²⁴ Toen de uiteindelijke formulering van artikel 4 IVBPR in 1952 werd bepaald en gekozen werd voor de woorden 'public emergency which threatens the life of the nation', kwam deze clausule echter weer te vervallen. Daes gaat er echter vanuit dat, naast oorlog, interne gewapende conflicten en vormen van opstand of rebellie, ook ernstige natuurrampen aanleiding kunnen vormen voor het opschorten van bepaalde mensenrechten. Vele andere auteurs stellen zich ook op dit standpunt.²⁵ Daarmee is echter nog niet gezegd dat natuurrampen aanleiding kunnen zijn tot opschorting van alle mensenrechten (voorzover die niet als niet-opschortbaar zijn aangemerkt). Daes acht opschorting vanwege een natuurramp onder meer denkbaar ten aanzien van het verbod van dwangarbeid van artikel 8, derde lid, IVBPR.²⁶ Op zich is bij een natuurramp ook opschorting van het huisrecht of eigendomsrecht (bijvoorbeeld door gedwongen ontruiming van een bepaald rampgebied) denkbaar. Questiaux merkt echter op dat natuurrampen alleen als reden voor opschorting van verdragsverplichtingen kunnen gelden indien sprake is van de zeer zeldzame en exact omschreven omstandigheden aangegeven in ILO-verdragen 29 en 105.²⁷ Naar ik aanneem, beoogt zij daarmee aan te geven dat de opschorting dan ook alleen betrekking kan hebben op het grondrecht waarover deze beide verdragen normen bevatten, namelijk het verbod van dwangarbeid.

In 1948 uitte de Nederlandse regering in een commentaar op de op dat moment voorliggende concepttekst van het IVBPR, gezonden aan de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens, haar zorgen over de voorgestelde opschortingsbepaling. Zij meende dat de in die bepaling gehanteerde formulering 'other public emergency' zo vaag was dat hieronder ook een economische crisissituatie zou kunnen worden begrepen, hetgeen zij onwenselijk achtte.²⁸ Ook in later jaren is nog volop gediscussieerd over de vraag of economische crises of (ernstige) economische onderontwikkeling kunnen gelden als reden voor opschorting van mensenrechtelijke verdragsverplichtingen (ik verwees hier reeds naar in § 2.2.2 *supra*). Sommige leden van het VN-Mensenrechtencomité,²⁹ de *International Law Association* (in haar voorbereidende studie ten behoeve van de *Paris Minimum Standards on Human Rights and States of Emergency*)³⁰ en de *International Commission of Jurists*³¹ toonden een zekere sympa-

24 VN Doc. E/CN.4/365 (1950), p. 20 en VN Doc. E/CN.4/SR.195 (1950), p. 23.

25 Vele andere auteurs sluiten zich hierbij aan, o.m. Hartman 1985, p. 85, Oraá 1992, p. 31 en Svensson-McCarthy 1998, p. 216.

26 Daes 1980, p. 197, § 101.

27 Questiaux 1982, § 27 en 70-72.

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

29 Zie o.m. VN Doc. CCPR/C/SR.67 (1978), p. 15 en CCPR/C/SR.90 (1978), p. 6 en 8.

30 *International Law Association, Report of the Sixtieth Conference – Montreal 1982*, p. 91.

31 ICJ-study 1983, p. 190-191, 208 en 424.

thie voor een positief antwoord op deze vraag. Questiaux wijst in haar rapport de gedachte van de hand dat een situatie van (ernstige) economische onderontwikkeling een rechtvaardiging zou kunnen vormen voor het afwijken van de verdragsverplichtingen onder het IVBPR. Zij acht dit in strijd met het naast elkaar bestaan van de twee VN-Covenants, het IVBPR en het IVESCR. De IACieRM heeft hierover opgemerkt dat economische en sociale ontberingen weliswaar een *verklaring* kunnen vormen voor het voorkomen van schendingen van bepaalde mensenrechten, maar nimmer een *rechtvaardiging* daarvoor, aangezien dergelijke schendingen een obstakel vormen voor het vinden van een structurele oplossing voor sociale en politieke spanningen. Ze verstoren het effectief functioneren van een politiek systeem waaruit een constructieve oplossing zou kunnen voortkomen voor de sociale en economische problemen van de bevolking.³² Op zich is denkbaar dat een ernstige economische crisis of voedseltekorten in een onderontwikkeld land aanleiding vormen voor een volksopstand die het functioneren van het overheidsapparaat onmogelijk maakt of anderszins een ernstige bedreiging voor de staatsveiligheid vormt. Hartman stelt echter en naar mijn mening terecht:

‘A short-term political crisis which results from economic causes might be the basis for a permissible derogation, assuming that it is severe enough to “threaten the life of the nation”. But civil and political rights cannot be indefinitely suspended until a nation reaches a certain level of development or until the world community constructs a new international economic order because such indefinite suspension would transform the extraordinary into the ordinary.’³³

Ook Svensson-McCarthy komt in haar uitvoerige studie naar de ontstaansgeschiedenis van de opschortingsbepalingen tot de conclusie dat de *travaux préparatoires* geen steun bieden voor de visie dat economische crises of onderontwikkeling een reden zouden kunnen vormen voor een gerechtvaardigd beroep op deze bepalingen.³⁴

7.1.4 Het bedreigingscriterium in de Straatsburgse jurisprudentie

Reeds kort na de inwerkingtreding van het EVRM werden ECieRM en EHRM geconfronteerd met vragen over de interpretatie van artikel 15. Al vanaf de eerste zaak waarin artikel 15 een rol speelt, wordt duidelijk dat de interpretatie van de inhoud van het in artikel 15, eerste lid, opgenomen ‘bedreigingscriterium’ niet los gezien kan worden van de mate van indringendheid van de

32 IACieRM 17 november 1978, *Report on the Situation of Human Rights in El Salvador*, OAS Doc. OEA/Ser. L/V/II.46, doc. 23, rev. 1, p. 166.

33 Hartman 1985, p. 95.

34 Svensson-McCarthy 1998, p. 215.

toetsing door de Straatsburgse organen en de beoordelingsruimte die zij op dit punt aan de verdragsstaten wensen te laten.

7.1.4.1 De zaak *Lawless/Ireland*

Reeds in de allereerste zaak die aan het EHRM wordt voorgelegd, de zaak *Lawless/Ireland*, moet het Hof overheidsmaatregelen ter bescherming van de staatsveiligheid beoordelen op hun verenigbaarheid met artikel 15 EVRM. De klager in deze zaak, een Ierse staatsburger, is in 1957 vijf maanden (van 13 juli tot 11 december) gedetineerd geweest op verdenking van actief lidmaatschap van de IRA, zonder te worden voorgeleid aan een rechter. In het *Lawless*-arrest, gewezen op 1 juli 1961, stelt het Hof dat deze detentie zonder voorgeleiding aan een rechter een inbreuk oplevert op artikel 5 EVRM.³⁵ De Ierse regering heeft echter op 20 juli 1957 een opschortingsnotificatie ten aanzien van artikel 5 EVRM gezonden aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa en het Hof moet zich derhalve uitspreken of de Ierse regering uit hoofde van artikel 15 EVRM ten tijde van de detentie van Lawless al dan niet gebonden was aan de verplichtingen onder artikel 5 EVRM. Volgens het Hof volgt uit artikel 15 dat de verdragsstaten een recht hebben om af te wijken van hun verdragsverplichtingen, mits voldaan wordt aan de randvoorwaarden die artikel 15 daarvoor formuleert, maar is het aan het EHRM om te controleren ‘whether the conditions laid down in Article 15 for the exercise of the exceptional right of derogation have been fulfilled in the present case’.³⁶ Het Hof moet dus bezien of in Ierland sprake was van een ‘public emergency threatening the life of the nation’.

Daarbij stelt het Hof voorop dat ‘in the general context of Article 15 of the Convention, the natural and customary meaning of the words “other public emergency threatening the life of the nation” is sufficiently clear’.³⁷ De Franse

35 EHRM 1 juli 1961, *Series A* vol. 3 (*Lawless/Ireland*), § 15.

36 *Idem*, § 22: ‘Whereas, it follows from [Article 15 – JPL] that, without being released from all its undertakings assumed in the Convention, the Government of any High Contracting Party has the right, in case of war or public emergency threatening the life of the nation, to take measures derogating from its obligations under the Convention other than those named in Article 15, paragraph 2, provided that such measures are strictly limited to what is required by the exigencies of the situation and also that they do not conflict with other obligations under international law; whereas, it is for the Court to determine whether the conditions laid down in Article 15 for the exercise of the exceptional right of derogation have been fulfilled in the present case.’

37 *Idem*, § 28. Onder meer vanwege het feit dat het EHRM in dit arrest spreekt van de ‘natural and customary meaning’ van het bedreigingscriterium wordt in de literatuur doorgaans aanvaard dat deze interpretatie evenzeer kan opgaan voor het vrijwel identiek geformuleerde bedreigingscriterium van artikel 4 lid 1 IVBPR. De opinie van de ECieRM-leden Waldock, Berg, Faber, Crosbie en Erim die is opgenomen in het ECieRM-rapport in de zaak *Lawless/Ireland* geeft nader aan waarom deze constatering over de ‘natural and customary meaning’ van belang is: in een dergelijk geval is nadere studie naar bijv. de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling overbodig: ‘We consider that, read in the general context of Article

tekst van het arrest is authentiek en bevat een term die in de Engelse vertaling ervan achterwege is gebleven, vandaar dat beide teksten hier worden weergegeven. Volgens het Hof – in navolging van de Commissie – is een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15 EVRM aanwezig in geval van: ‘une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l’ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l’Etat’. In de Engelse vertaling komt de term ‘imminent’ niet voor: ‘an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed’³⁸ Hoewel deze uitwerking van het ‘bedreigingscriterium’ door het Hof nog tamelijk algemeen is, valt er wel uit af te leiden dat dit criterium drie elementen in zich bergt:

- 1 er moet sprake zijn van een reeds ontstane of ophanden zijnde uitzonderlijke crisissituatie: dat wil zeggen dat de crisis niet reeds daadwerkelijk hoeft plaats te grijpen, maar wel onvermijdelijk en op korte termijn aanstaande dient te zijn (hetgeen een crisis die mogelijkerwijs in de toekomst zou kunnen ontstaan uitsluit);
- 2 deze moet zijn effecten hebben op de gehele bevolking (en dus niet slechts op een klein deel daarvan) en
- 3 deze moet het openbare leven van de gemeenschap bedreigen (waarbij het Hof echter niet precies aangeeft op welke manier).

Ten aanzien van dit derde element van het bedreigingscriterium geeft het hof niet precies aan op welke manier het openbare leven van de gemeenschap dan precies bedreigd zou moeten worden, maar duidelijk is wel dat het EHRM de woorden ‘threatening the life of the nation’ niet dusdanig letterlijk opvat dat voor een gerechtvaardigd beroep op artikel 15 sprake dient te zijn van een noodsituatie waarin de staat (of het volk) daadwerkelijk dreigt *op te houden te bestaan*. Het invoeren van artikel 15 is niet beperkt tot genocide-achtige

15 of the Convention, the meaning of the words “in time of war or other public emergency threatening the life of the nation” is sufficiently clear and that there is no occasion, therefore, to have recourse to the preparatory work of the Convention in order to ascertain their meaning. The International Court of Justice and its predecessor, the Permanent Court of International Justice, have repeatedly stated that, when the text of a treaty is clear, there is no occasion to have recourse to the preparatory work (...) If contrary to the view which we take, the meaning of Article 15(1) is considered to be doubtful, and recourse is had to the preparatory work of Article 15 and of the parallel Article in the draft Covenant of Human Rights, we are of the opinion that the preparatory work confirms that those who inserted the words in Article 15(1) intended them to bear the meaning which we consider to be their natural and ordinary meaning.’ ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (Lawless/Ireland), p. 81-82, § 90.

38 *Ibidem*.

situaties of situaties waarin het staatsterritoir bezet of geannexeerd wordt (dreigt te worden) door een vijandige mogendheid.³⁹

Dit wordt helemaal duidelijk als gezien wordt hoe het Hof de elementen van het bedreigingscriterium toetst in de aan het *Lawless*-arrest voorliggende casus. Het Hof toont zich dan soepel ten opzichte van de opschortende verdragsstaat. Het Hof stelt weliswaar dat het 'after an examination' tot het oordeel is gekomen dat sprake was van een 'public emergency',⁴⁰ maar in wezen neemt het Hof het oordeel van de Ierse regering ten aanzien van het bestaan van een 'public emergency' zonder meer over:

[T]he existence at the time of a "public emergency threatening the life of the nation", was *reasonably deduced* [cursivering JPL] by the Irish Government from a combination of several factors, namely: in the first place, the existence in the territory of the Republic of Ireland of a secret army engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; secondly, the fact that this army was also operating outside the territory of the State, thus seriously jeopardising the relations of the Republic of Ireland with its neighbour; thirdly, the steady and alarming increase in terrorist activities from the autumn of 1956 and throughout the first half of 1957.⁴¹

In het rapport van de ECieRM in deze zaak werd expliciet opgemerkt dat de staat een *margin of appreciation* toekomt bij de beoordeling van de aanwezigheid van een 'public emergency'.⁴² Hiermee leek de Commissie aan te geven dat

39 Een zodanig restrictieve benadering van het bedreigingscriterium zou ook niet te rijmen zijn met de ontstaansgeschiedenis van artikel 15, want daaruit blijkt geenszins dat dit artikel slechts voor dergelijke extreme situaties bedoeld zou zijn. Vgl. op dit punt Fawcett 1987, p. 308: '[T]he emergency does not have to be one in which "the life of the nation" as such is threatened with extinction, but one in which there is such a breakdown of order or communications that organized life cannot, for the time being, be maintained.'

40 EHRM 1 juli 1961, *Series A* vol. 3 (Lawless/Ireland), § 28.

41 *Ibidem*. In het ECieRM-rapport in deze zaak werd het laatste aspect, de relatie tussen Ierland en het VK, in duidelijker internationaal-rechtelijke terminologie weergegeven. De Commissie stelde dat de Ierse regering '[was] entitled to give substantial weight to its obligation under international law to prevent its territory from being used as a base for attacks upon a neighbouring territory' (ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (Lawless/Ireland), § 91, p. 88).

42 In haar rapport in de zaak *Greece/UK* uit 1956 (ook wel aangeduid als de eerste *Cyprus case*) maakte de ECieRM reeds opmerkingen over de beoordelingsruimte m.b.t. de vereisten van artikel 15 lid 1 EVRM die de verdragsstaten zou toekomen. Deze zaak had betrekking op de introductie van Britse wetgeving op Cyprus (indertijd een Brits protectoraat) die collectieve bestraffing en bestraffing d.m.v. zweepslagen op het eiland mogelijk maakte. Het VK had vanwege de introductie van deze (nood)wetgeving een opschortingsnotificatie afgegeven aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa en beriep zich derhalve op artikel 15. De Commissie oordeelde dat zij bevoegd was 'to pronounce on the existence of a public danger which, under Article 15, would grant the Contracting Party concerned the right to derogate from the obligations laid down in the Convention' en 'to decide whether measures taken by a party (...) had been taken to the extent strictly required by the exigencies of the situation' (appl.no. 176/56, *Yearbook ECHR* 1958-1959, p. 174). M.b.t. dit

‘the Convention organs were politically incapable of presuming a wide power of review over state actions during a public emergency’.⁴³ Hoewel het Hof de term *margin of appreciation* in het *Lawless*-arrest niet bezigt, wijst alles erop dat het op dit punt geen wezenlijk andere benadering voorstaat dan de Commissie. Met name de woorden ‘reasonably deduced’ in de bovenstaande rechtsoverweging lijken te impliceren dat het hoofdzakelijk aan de nationale autoriteiten is om te beslissen of sprake is van een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15, eerste lid, EVRM en dat het Hof op dat punt slechts een marginale redelijkheidstoets uitvoert.⁴⁴

Onder meer Gross⁴⁵ en Svensson-McCarthy zijn buitengewoon kritisch over het ‘gemak’ waarmee het unanieme EHRM oordeelt over de aanwezigheid van een ‘public emergency’ in de *Lawless*-zaak. De laatste merkt op:

‘[T]here is no indication that the Court went into anything but a rather cursory examination of the facts concerned. For instance, considering that the effect of the terrorist activities rather constituted a danger for the people of Northern Ireland, which forms part of the United Kingdom, it is difficult to see how the crisis could be considered to have constituted “a threat to the organised life of the community” so as to jeopardise the life of the nation of the Irish Republic. Moreover, the Court provides no evidence whatever to prove that the diplomatic relations between the two countries were strained to such an extent that there was an imminent risk of war, or that there was even a situation of particularly tense diplomatic relations between them.’⁴⁶

Nu moet hierbij worden opgemerkt dat het ECieRM-rapport in de zaak *Lawless* veel uitvoeriger verwijst naar door de Ierse regering aangedragen feiten en argumenten waaruit zou moeten worden afgeleid dat in juli 1957 in Ierland sprake was van een ‘public emergency threatening the life of the nation’.⁴⁷ Hieruit wordt duidelijk dat onder meer ook het feit dat diverse strafrechtelijke

tweede punt stelde de Commissie dat de Britse autoriteiten ‘a certain measure of discretion’ diende te worden gelaten (*idem*, p. 176). In de *Lawless*-zaak breidde de ECieRM deze beoordelingsruimte voor de staat uit tot het aspect van de aanwezigheid van een ‘public emergency’: ‘[H]aving regard to the high responsibility which a government has to its people to protect them against any threat to the life of the nation, it is evident that a certain discretion – a certain margin of appreciation – must be kept to the Government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention’ (ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (Lawless/Ireland), § 90, p. 82).

⁴³ Crysler 1996, p. 95.

⁴⁴ Robertson 1961, p. 544; Svensson-McCarthy 1998, p. 294. Anders: Higgins 1976-1977, p. 298.

⁴⁵ Gross 1998, p. 464-465.

⁴⁶ Svensson-McCarthy 1998, p. 293-294.

⁴⁷ ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (Lawless/Ireland), p. 75-81, § 82, 85-86 en 89.

procedures tegen vermeende IRA-leden mislukten vanwege gebrek aan bewijs een reden vormde voor het grijpen naar de noodmaatregel van langdurige administratieve detentie. De bewijsproblemen in deze strafrechtelijke procedures (die voor een deel plaatsvonden voor speciale militaire rechtbanken) werden veroorzaakt door moeilijkheden voor de autoriteiten om verklaringen van getuigen of slachtoffers los te krijgen, vanwege angst voor IRA-represailles. Tegelijkertijd maakt het ECieRM-rapport duidelijk dat diverse van de door de Ierse regering aangevoerde feiten en argumenten niet ondubbelzinnig wijzen op het bestaan van een zeer ernstige crisis in de Ierse Republiek. Zo geeft de Commissie toe dat de activiteiten van de IRA binnen de Ierse Republiek 'made comparatively little impact on the daily life of the general public except perhaps in the areas near the border with Northern Ireland', dat de IRA slechts op kleine schaal had getracht rechters en getuigen te bedreigen en intimideren en dat – voorzover er sprake was van gewelddadige incidenten of aanslagen door aan de IRA gelieerde splinterorganisaties – deze plaatsvonden op *Noord-Iers* grondgebied, dus buiten het Ierse territorium.⁴⁸ Binnen de ECieRM konden vijf van de veertien leden zich dan ook niet verenigen met het meerderheidsoordeel dat Ierland zich inderdaad kon beroepen op de aanwezigheid van een 'public emergency' in juli 1957.⁴⁹

Uit diverse 'opinions' van Commissieleden die in het ECieRM-rapport zijn opgenomen wordt duidelijk langs welke lijnen de discussie in de Commissie is verlopen. De minderheid stelt zich op het standpunt dat zowel uit een systematische als uit een historische interpretatie onmiskenbaar blijkt dat met 'public emergency threatening the life of the nation' een crisissituatie wordt aangeduid die qua ernst min of meer vergelijkbaar is met een oorlog.⁵⁰ De meerderheid meent echter dat dit geenszins het geval is en dat uitgegaan moet worden (zoals het Hof later ook zal doen) van de 'natural and ordinary meaning of "a public emergency threatening the life of the nation"', te weten: 'a situation of exceptional and imminent danger or crisis affecting the general public, as distinct from particular groups, and constituting a threat to the organised life of the community which composes the State in question'.⁵¹ Ook uitgaande van deze definitie kan de minderheid echter niet zonder meer aanvaarden dat het beroep van de Ierse regering op artikel 15 gerechtvaardigd was. Zij wijst erop dat de Ierse regering, het parlement en de gerechten normaal konden functioneren en dat de gewelddadige incidenten en aanslagen in Noord-Ierland weliswaar werden georganiseerd en voorbereid op Iers grondgebied, maar dat de internationale betrekkingen tussen Ierland en het

48 *Idem*, p. 81-85, § 90.

49 Namelijk de ECieRM-leden Eustathiades, Ermacora, Süsterhenn, Dominedo en Janssen-Pevtschin.

50 Zie in het bijzonder de *dissenting opinions* van Eustathiades, Süsterhenn en Dominedo. ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (Lawless/Ireland), p. 90-94, § 92, p. 94, § 93 en p. 98-99, § 94.

51 *Idem*, p. 81-82, § 90.

Verenigd Koninkrijk hierdoor geenszins ernstig verstoord waren (bijvoorbeeld omdat de Britse regering de Ierse regering zou verwijten te weinig te ondernemen om deze acties te voorkomen).⁵²

De conclusie naar aanleiding van de zaak *Lawless* kan zijn dat de door het Hof onderscheiden elementen van het bedreigingscriterium een bepaalde striktheid suggereren, maar dat die verbleekt in de toepassing van het criterium op de feiten van de casus, vooral als gevolg van het feit dat door Commissie en Hof aan de nationale autoriteiten aanzienlijke beoordelingsruimte wordt gelaten. Met de minderheid van de Commissie ben ik geneigd om vanuit het perspectief van de *ernst* van de bedreiging voor de staatsveiligheid vraagtekens te plaatsen bij de aanwezigheid van een 'public emergency threatening the life of the nation' in Ierland in juli 1957. De terroristische activiteiten waaruit volgens het Hof 'in redelijkheid' het bestaan van een 'public emergency' kon worden afgeleid bestonden uit beschietingen van Noord-Ierse politieposten en -patrouilles, rofovervallen op wapenwinkels en diefstal van springstoffen, sabotageacties (soms met explosieven) van het Noord-Ierse telefoon- en spoorwegnet, zonder dat daarbij slachtoffers vielen.⁵³ Alleen kort voor de afkondiging van de Ierse noodmaatregelen vond een ernstiger incident plaats waarbij door een beschieting vanuit een hinderlaag een politieman werd gedood en een andere gewond.⁵⁴ Hoewel deze geweldsincidenten geenszins moeten worden gebagatelliseerd en zij in de eerste helft van 1957 ook in aantal toegenamen, vind ik het wel een grote stap om op grond hiervan te concluderen dat voldaan is aan de hierboven weergegeven elementen (b) en (c) van het bedreigingscriterium.⁵⁵

Svensson-McCarthy is ook zeer kritisch over de toepassing van het tijdselement – element (a) – van het bedreigingscriterium in de zaak *Lawless*. Het gebruik van de term 'imminent' in de Franse authentieke tekst van het arrest duidt er volgens haar op dat 'for the exceptional crisis to fall within the ambit of Art. 15(1), it must if not actually exist, be on the verge of breaking out at any moment'. Dat 'any moment' is in haar ogen, in navolging van Van Hoof,⁵⁶

52 Dissenting opinion van Eustathiades in ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (*Lawless/Ireland*), p. 93, § 92; van Ermacora (*idem*, p. 101, § 95); van Süsterhenn (*idem*, p. 96, § 93); van Janssen-Pevstchin (*idem*, p. 101, § 96). Ook O'Boyle komt in zijn dissertatie over de verhouding tussen de Noord-Ierse noodmaatregelen en de Europese mensenrechtennormen tot de conclusie dat in Ierland ten tijden van de zaak-*Lawless* geenszins sprake was van een 'public emergency' in de zin van art. 15 EVRM, maar slechts van een bedreiging van de openbare orde die met minder ingrijpende middelen bestreden had kunnen worden (O'Boyle 1975, p. 45 en 49-51). Hij merkt op dat 'the political realities necessitated a weak interpretation of article 15 which favoured the decisions of states'.

53 Bij een gewapende aanval op een Noord-Ierse politiepost werden wel twee van de IRA-aanvallers gedood.

54 EHRM 1 juli 1961, *Series A* vol. 3 (*Lawless/Ireland*), § 14.

55 Vgl. de dissenting opinion van Domínguez in ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (*Lawless/Ireland*), p. 98-99, § 94.

56 Van Hoof 1977, p. 239.

een kwestie van uren of dagen, maar zeker niet van weken of maanden: 'It follows that the time element should make no room for measures that are merely intended to prevent a potential danger that may only materialise in a few weeks or months.'⁵⁷ Met name vanwege het ontbreken van aanwijzingen dat sprake zou zijn van ernstige spanningen in de internationale betrekkingen tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk meent zij dat in de *Lawless*-zaak geen sprake was van een 'imminent crisis', doch slechts van een 'more or less remote hypothesis': een crisis (tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk) die zich in de komende tijd eventueel zou kunnen ontwikkelen in geval van continuerende incidenten.⁵⁸ Uit het ECieRM-rapport en de opmerkingen van de *dissenters* binnen de Commissie in de zaak *Lawless* leidt zij namelijk af dat de mogelijkheid van internationale aansprakelijkheid van Ierland jegens het Verenigd Koninkrijk vanwege het feit dat aanslagen in Noord-Ierland werden gepleegd vanaf of voorbereid op Iers grondgebied voor de meerderheid de doorslag heeft gegeven om de situatie in Ierland anno juli 1957 aan te merken als een 'public emergency' in de zin van artikel. 15, eerste lid, EVRM. De omvang en ernst van de daadwerkelijke incidenten was niet dusdanig dat alleen die feitelijke omstandigheden reeds voldoende zouden waren om de situatie aan te merken als een 'public emergency'.

Hoewel ik het in belangrijke mate met Svensson-McCarthy's analyse van de zaak *Lawless* eens ben, ga ik met betrekking tot de kritiek op de toepassing van het tijdselement van het bedreigingscriterium wat minder ver dan zij. Uit het arrest van het Hof wordt niet geheel duidelijk in welke verhouding de drie redenen waaruit de Ierse regering volgens het Hof de aanwezigheid van een 'public emergency' in redelijkheid kon afleiden (aanwezigheid van een ondergrondse militaire groepering die onwettige activiteiten ontplooipte, aanslagen op Noord-Iers grondgebied die ernstige gevolgen zouden kunnen hebben voor de internationale betrekkingen en toename van terroristische activiteiten in de eerste helft van 1957) nu precies tot elkaar staan. Is hier

⁵⁷ Svensson-McCarthy 1998, p. 299.

⁵⁸ Svensson-McCarthy 1998, p. 296-297. Vgl. ook de dissenting opinion van Süsterhenn, in ECieRM 19 december 1959 (rapport), *Series B* 1960/61 (*Lawless/Ireland*), p. 97-98, § 93: 'In assessing the general situation in the Republic of Ireland, as well as the relations between the Republic and the United Kingdom, we cannot flatly deny the existence of a *potential* threat which might menace the life of the nation in the future. Since a Government is allowed a certain margin of appreciation in judging whether the life of the nation is threatened by an emergency, we may recognise in the Irish Government's right to plead its standpoint that such an emergency exists and to consider this emergency as very serious. It must be admitted, however, that the emergency, being only *potential*, having persisted in virtually unchanged form for years and not having led to any serious disturbance of general public order or of external relations, cannot be regarded as of exceptional gravity, but only as a *latent emergency* of a minor degree. Such a potential and latent emergency, which, although it has been in existence for many years, has not developed into an actual emergency and has not in general interfered with normal life in Ireland, cannot be considered to be a public emergency threatening the life of the nation.'

sprake van strikt cumulatieve redenen, of gaat het meer om een illustratieve schets waarbij ook bij niet-aanwezigheid van één van die redenen nog steeds sprake zou kunnen zijn van een 'public emergency'? Het arrest maakt dit simpelweg niet duidelijk. Wel geeft het arrest aan dat het moment waarop de Ierse noodmaatregelen die een beroep op artikel 15 noodzakelijk maakten genomen werden, niet geheel willekeurig was: het ernstigste incident tot dat moment (met een gedode en een gewonde politieman) vond plaats een week voor de aanvang van de periode van de protestantse 'oranjemarsen', waarin de spanningen tussen de bevolkingsgroepen toch altijd al groot waren en de ordehandhaving een grote inspanning vergde, en daaruit viel af te leiden dat de IRA (of splintergroeperingen daarvan) tijdens de oranjemarsen in die periode opnieuw zouden trachten toe te slaan, met alle serieuze ordehandavingsconsequenties van dien.⁵⁹ Dus in dit geval was er naar mijn gevoel wel sprake van een zekere crisissituatie die op korte termijn aanstaande was (ook op dusdanig korte termijn dat voldaan zou zijn aan de maatstaf van Van Hoof en Svensson-McCarthy), alleen is de vraag of die crisis dan dusdanig ernstig zou zijn dat ingrijpen met grondrechtenopschortende noodmaatregelen noodzakelijk zou zijn.

Svensson-McCarthy keert zich tegen 'preventief' ingrijpen met noodmaatregelen die opschorting van bepaalde mensenrechten inhouden, dat wil zeggen ingrijpen met dergelijke maatregelen op een moment gelegen 'before the very onset of the real emergency'.⁶⁰ Haar standpunt is ingegeven door de vrees voor misbruik van de opschortingsbevoegdheid. Ook naar mijn mening is dat een punt dat altijd in het oog gehouden moet worden bij de maatstaven die worden aangelegd in de interpretatie van de opschortingsbepalingen. Tegelijkertijd moet echter erkend worden dat juist bij terroristische activiteiten nooit precies duidelijk zal zijn waar en wanneer zich weer een (ernstig) incident voordoet, zodat het heel moeilijk te bepalen is wanneer de crisis 'op het punt van uitbreken' staat. Als terroristische activiteiten in de sfeer van aanslagen en sabotageacties gerechtvaardigde reden kunnen vormen om noodmaatregelen te treffen die afwijken van de verplichtingen onder het EVRM, en dus voor een beroep op artikel 15 EVRM, dan is er niet aan te ontkomen om ook preventief optreden met grondrechtenopschortende maatregelen toelaatbaar te achten. De bewoordingen van het *Lawless*-arrest (met name de stelling dat de crisis 'imminent' moet zijn) wijzen er wat mij betreft echter wel op dat de speelruimte die de verdragsstaten op dit punt toekomt slechts beperkt is.⁶¹ Op enigerlei wijze zullen toezichthoudende organen aan de hand van min of meer objectieve

59 EHRM 1 juli 1961, *Series A* vol. 3 (Lawless/Ireland), § 14.

60 Hetgeen natuurlijk niet wil zeggen dat de overheid voor dat moment helemaal niets zou kunnen ondernemen; allerlei maatregelen zijn denkbaar, mits deze niet in strijd komen met het 'normale' niveau van mensenrechtenbescherming.

61 Zo ook Kitz 1982, p. 39. Erges 1989, p. 148, lijkt zich een soepeler houding aan te meten t.a.v. preventief ingrijpen. De beperkte opvatting wordt echter ondersteund door het hierna te bespreken ECieRM-rapport in de *Greek case*.

criteria moeten kunnen controleren of daadwerkelijk sprake is van een groot risico op het uitbreken van een ernstige crisis op korte termijn.

7.1.4.2 *De statenklachtprocedure tegen Griekenland naar aanleiding van de staatsgreep in april 1967*

Acht jaar na het *Lawless*-arrest, in 1969, zet de ECieRM in haar rapport in de *Greek case* de elementen van het bedreigingscriterium nog een keer op een rijtje. De ECieRM oordeelt dat een noodsituatie de volgende karakteristieken moet bezitten wil er sprake zijn van een 'public emergency' in de zin van artikel 15, eerste lid, EVRM:

- '1. It must be actual or imminent.
2. Its effects must involve the whole nation.
3. The continuance of the organised life of the community must be threatened.
4. The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate.'⁶²

De eerste drie karakteristieken waren al terug te vinden in het *Lawless*-arrest, de vierde karakteristiek speelde in het *Lawless*-arrest eveneens reeds een rol, maar werd daar genoemd in het kader van de toets aan het proportionaliteitsbeginsel ('strictly required by the exigencies of the situation'). Het feit dat deze karakteristiek nu genoemd wordt als element van het bedreigingscriterium kan echter worden uitgelegd als een indicatie dat de onderbouwing van het beroep op artikel 15 door een verdragspartij dusdanig voorzien moet zijn van informatie over exceptionele feiten en omstandigheden dat hieruit zonder meer af te leiden is dat sprake is van een ernstige noodsituatie met grote repercussies voor de veiligheid van burgers en overheidsapparaat, namelijk zo ernstig dat die noodsituatie niet bestreden kan worden door normale – onder de bijzondere beperkingsclausules in het EVRM toegelaten – maatregelen. Een aanscherping van de bewijslast voor de betreffende verdragsstaat derhalve. Verder wordt het feit dat bij de eerste karakteristiek de begrippen 'actual' en 'imminent' nadrukkelijk in elkaars verlengde worden gebruikt in de literatuur doorgaans uitgelegd als een indicatie dat het tijdselement van het bedreigingscriterium een zeer beperkte strekking heeft: de crisis moet feitelijk reeds gaande zijn of op het moment van uitbreken staan.⁶³

Deze uitleg wordt bevestigd door de toepassing van het bedreigingscriterium op de concrete omstandigheden van het geval. De argumenten van de

62 ECieRM 5 november 1969 (rapport), appl.no. 3321-3 en 3344/67 (Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands/Greece), *Yearbook ECHR* 1969 (The Greek Case), p. 72, § 153.

63 Kitiz 1982, p. 35; Svensson-McCarthy 1998, p. 301; Van Hoof 1977, p. 239. De Commissie geeft dit zelf ook aan in haar rapport (*idem*, p. 73, § 157), zonder daarbij echter een exacte begrenzing van dit tijdselement te geven.

Griekse regering ter onderbouwing van de stelling dat in Griekenland in 1967 sprake was van een 'public emergency', worden door de Commissie als volgt samengevat: '(1) communist danger, (2) crisis of constitutional government and (3) crisis of public order'.⁶⁴ De Griekse regering had met name aangevoerd dat de Griekse communisten tussen 1943 en 1950 diverse malen hadden getracht gewapenderhand de macht te grijpen, hetgeen vanaf 1946 een vier jaar durende guerrillaoorlog tot gevolg had gehad, dat er nu opnieuw binnen de staat en van buitenaf een gewapende revolutie en communistische machts-overname werd voorbereid, dat andere politieke groeperingen met de communisten collaboreerden en corrupt waren, dat de talrijke regeringswisselingen het bestuur van het land onmogelijk hadden gemaakt en de voortdurende stakingen de staat op de grens van een bankroet hadden gebracht en dat gewelddadige demonstraties tot anarchie hadden geleid.⁶⁵ Zoals in § 6.5.1.3 reeds werd aangehaald, vindt de Commissie dat de Griekse regering daarmee niet genoegzaam heeft aangetoond dat de situatie in Griekenland in april 1967 de vier bovengenoemde karakteristieken vertoonde, zodat haar in dit geval geen beroep op artikel 15 EVRM toekomt.⁶⁶ De Commissie meent dat niet is aangetoond dat een communistische machtsovername in Griekenland rondom of na de voor mei 1967 geplande verkiezingen 'was certain or even likely'.⁶⁷ Integendeel, er is volgens de Commissie eerder 'evidence indicating that it was neither planned at the time, nor seriously anticipated by either the military or police authorities'.⁶⁸ Bovendien acht de Commissie de sociale onrust – in de vorm van veelvuldige demonstraties en stakingen – waarvan in Griekenland sprake was niet heel veel ernstiger dan in andere Europese staten op dat moment.⁶⁹ De Commissie lijkt daarbij overigens wel ruimte te laten voor de opvatting dat een ernstige verstoring van het functioneren van vitale voorzieningen, bedrijven of diensten door demonstraties en stakingen een situatie oplevert die een beroep op c.q. toepassing van artikel 15 EVRM rechtvaardigt, ook als die demonstraties en stakingen niet met gewelddadigheden gepaard gaan.⁷⁰ In het licht van de in het voorgaande hoofdstuk geanalyseerde Straatsburgse jurisprudentie over het belang van de staatsveiligheid als beperkingsgrond voor de uitoefening van bepaalde grondrechten, moet mijns inziens geconcludeerd worden dat ordeproblemen veroorzaakt door dergelijke acties pas binnen het bereik van artikel 15 komen indien daarbij wél sprake is van geweldgebruik, omdat juist het criterium 'gebruik van geweld' in de recente jurisprudentie zo'n centrale rol speelt bij de beoordeling van de rechtmatigheid

64 *Idem*, p. 45, § 89.

65 *Idem*, p. 45-47, § 90-91, p. 58-59, § 116-119, p. 65-66, § 133-138.

66 *Idem*, p. 76, § 165 en p. 100, § 205.

67 *Idem*, p. 76, § 164.

68 *Idem*, p. 73, § 159.

69 *Idem*, p. 75, § 161.

70 *Ibidem*.

van overheidsop treden dat een inbreuk oplevert op de uitings-, verenigings- en vergadervrijheid.⁷¹

Opvallend is dat de ECieRM in haar rapport in de *Greek case* weliswaar verwijst naar een *margin of appreciation* die de Griekse regering toekomt bij de bepaling of een situatie een 'public emergency' oplevert,⁷² maar verder geenszins blijk geeft van een terughoudende redelijkheidstoetsing. Integendeel, aan het oordeel van de Commissie dat de situatie in Griekenland niet voldeed aan de karakteristieken van een 'public emergency' ligt een gedetailleerd onderzoek ten grondslag, aan de hand van de standpunten van de betrokken regeringen, getuigenverklaringen, perspublicaties en andere informatie.⁷³ Voorzover de Griekse regering aanvoert dat zich ook na april 1967 incidenten (bomaanslagen en sabotageacties) hebben voorgedaan die zouden wijzen op het bestaan van een 'public emergency', wijst de Commissie tamelijk resoluut van de hand dat deze incidenten en het bestaan van ondergrondse illegale organisaties in Griekenland een bedreiging zouden vormen of hebben gevormd voor het voortbestaan van de Griekse natie.⁷⁴ Hiermee kiest de Commissie een heel andere benadering dan in de zaak *Lawless* en wekt aldus de indruk met twee maten te meten!⁷⁵ Deze andere benadering wordt in de literatuur

71 Zie § 5.6.4, 5.6.5 en 5.8.6 *supra*. Vgl. ook Svensson-McCarthy 1998, p. 304: '[I]t is advisable to proceed with utmost care when considering political activities, demonstrations and strikes within the framework of Art. 15, since such activities – at least if basically peaceful – may just be a lawful and legitimate exercise of the right to freedom of opinion and of expression, the right to freedom of association and of assembly, as well as of the right to participate in government. A certain amount of tension must be regarded as a normal feature of a democratic society, and it should not be easily accepted as a justification of derogations under international human rights law. The basic rule must at least be that, in so far as strikes and demonstrations are peaceful, they cannot lawfully be met by emergency measures.'

72 ECieRM 5 november 1969 (rapport), appl.no. 3321-3 en 3344/67 (Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands/Greece), *Yearbook ECHR* 1969 (The Greek Case), p. 72, § 154: 'The Commission considers that in the present case the burden lies upon the respondent Government to show that the conditions justifying measures of derogation under Article 15 have been and continue to be met, due regard being had to the "margin of appreciation" which according to the constant jurisprudence of the commission, the Government has in judging the situation in Greece as from the moment it assumed power on 21 April 1967.'

73 *Idem*, p. 73-76.

74 *Idem*, p. 100: 'Although the respondent Government has found itself able to annul or relax certain measures of derogation since 21 April 1967 the state of siege continues and the Government has pointed out two new factors of which the Commission has taken account: (1) the bomb incidents and acts of sabotage, which have been often repeated since the summer of 1967; and (2) the formation and activities of a number of illegal organisations also formed since April 1967. The Commission does not find, on the evidence before it, that either factor is beyond the control of the public authorities using normal measures, or that they are on a scale threatening the life of the Greek nation.'

75 Vgl. Oraá 1992, p. 19: 'It seems as if the Commission applied a stronger standard of proof in this case than in the *Lawless* case. (...) [I]t adopted what can be called an "objective test" by demanding strong proof of the actual emergency and by considerably reducing the margin of appreciation.' Vijf leden van de Commissie formuleerden op dit punt dan ook *dissenting opinions* bij het rapport. Tot de dissenters behoorden ook de ECieRM-leden

veelal verklaard in het licht van het gebrek aan democratische legitimatie van het Griekse kolonelsbewind en het overduidelijk niet-gericht zijn van dit bewind op herstel van de democratische constitutionele orde in Griekenland.⁷⁶ In § 7.1.2 en 7.1.3 *supra* heb ik aangegeven dat er zeker iets voor te zeggen valt om het functioneren van democratische structuren en instituties mee te wegen in de beoordeling in het kader van artikel 15. Het is alleen de vraag of het correct is om dat ‘meewegen’ gestalte te laten krijgen in een ongemotiveerde striktere toepassing van het bedreigingscriterium.⁷⁷

Een ander discussie oproepend, of in ieder geval opvallend, element in het ECieRM-rapport in de *Greek case* is de tweede door de Commissie onderscheiden karakteristiek van een noodsituatie die afwijken van de verplichtingen onder het EVRM kan rechtvaardigen: de effecten van die noodsituatie ‘must involve the whole nation’. Deze formulering lijkt te impliceren dat de noodsituatie dient te bestaan uit ernstige wanordelijkheden of andere buitengewone omstandigheden verspreid over het hele land, zodat de hele bevolking er door geraakt wordt, om een beroep op artikel 15 te kunnen rechtvaardigen. Hoewel ook bij de totstandkoming van het IVBPR woorden van gelijke strekking vielen⁷⁸ en vele auteurs hierbij aansluiten,⁷⁹ wijst de hierna te bespreken zaak *Ireland/UK* in een andere richting: ook een conflict met een hoofdzakelijk regionaal karakter kan een beroep op artikel 15 rechtvaardigen.

Eustathiades, Ermacora en Süsterhenn en dit is opvallend, want zij behoorden in de zaak *Lawless* tot de minderheid binnen de Commissie die de ruime *margin of appreciation* die in die zaak werd gelaten aan de Ierse regering juist bekritiseerde. Zij menen echter in de *Greek case* dat de nu eenmaal gevormde (meerderheids)jurisprudentie van de Commissie, overgenomen door het Hof, ook ten aanzien van de Griekse regering in de onderhavige zaak moet worden toegepast. Zie voor de *dissenting opinions* ECieRM 5 november 1969 (rapport), appl.no. 3321-3 en 3344/67 (Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands/Greece), *Yearbook ECHR* 1969 (The Greek Case), p. 76-92, § 166-189 en p. 101-103, § 209-216. Hartman 1981, p. 27 merkt in dit verband op dat de Commissie slechts lippendienst bewijst aan de *margin of appreciation*-doctrine, zonder deze daadwerkelijk toe te passen.

⁷⁶ Zie o.m. Partsch 1977, p. 332-333; Hartman 1981, p. 29; Gross 1998, p. 468-469.

⁷⁷ ECieRM-lid Ermacora bepleit in zijn *dissenting opinion* bij het Commissierapport een meer principiële benadering. ECieRM 5 november 1969 (rapport), appl.no. 3321-3 en 3344/67 (Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands/Greece), *Yearbook ECHR* 1969 (The Greek Case), p. 102, § 214: ‘In the case before us (...) an appeal to Article 15 (...) seems to be incompatible. As shown in this Report, the present situation in Greece is caused by the respondent government and, in particular, by the fact that the government has taken no effective step to apply Article 3 of the First Protocol [recht op periodieke, vrije en geheime verkiezingen – JPL] in such a way as it is intended by the democratic governments referred to in the Preamble of the Convention as well as in the Statute of the Council of Europe.’

⁷⁸ Zie VN Doc. A/2929, § 39: ‘The (...) wording [van art. 4 IVBPR – JPL] is based on the view that the public emergency should be of such magnitude as to threaten the life of the nation as a whole.’

⁷⁹ O.m. Hartman 1981, p. 18; Oraá1992, p. 28; Fawcett 1987, p. 308: ‘[T]he emergency must be nation-wide in its effects, so that however severe the local impact of an emergency may be, it will not, in the absence of that condition, be a ‘public emergency’ in the sense of paragraph 1).’

7.1.4.3 De zaak Ireland/United Kingdom

In december 1971 diende de Ierse regering een statenklacht in bij de ECieRM tegen het Verenigd Koninkrijk. De aanleiding voor de door Ierland ingediende statenklacht was het optreden van de Britse autoriteiten in Noord-Ierland, met name de toepassing van allerlei noodmaatregelen ter beteugeling van de burgeroorlog tussen de protestantse en rooms-katholieke bevolkingsgroepen. In de loop van de procedure, die bij de ECieRM zo'n vijf jaar in beslag nam en vervolgens nog twee jaar bij het EHRM, voerde de Ierse regering aan dat bepaalde begin jaren '70 getroffen maatregelen ter bestrijding en verdere voorkoming van acties van gewapende groeperingen, vooral de IRA en daaraan gelieerde organisaties, een ongerechtvaardigde inbreuk maakten op de in het EVRM gegarandeerde rechten. Meer specifiek stelde de Ierse regering dat de toegepaste detentie en internering van verdachten zonder voorgeleiding aan een rechter, op grond van de in Noord-Ierland geldende noodwetgeving, een zogenaamde 'administrative practice' strijdig met de artikelen 5 en 6 EVRM opleverde. De Ierse regering betoogde dat deze Britse praktijk ook niet geaccepteerd kon worden onder artikel 15 EVRM (in augustus 1971 was door de Britse regering een opschortingsnotificatie afgegeven aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa) aangezien deze detentie en internering verder gingen dan 'strictly required by the exigencies of the situation'. Daarnaast meende de regering dat de detentie en internering op discriminatoire wijze (strijdig met artikel 14 EVRM) werd toegepast, namelijk alleen ten aanzien van leden de rooms-katholieke minderheid in Noord-Ierland. Ten slotte betoogde zij dat de behandeling van gedetineerde en geïnterneerde personen en de op hen toegepaste methoden van ondervraging strijd opleverden met artikel 3 EVRM.⁸⁰

Waar de ECieRM in haar rapport in deze zaak (uit 1976) nog wat uitvoeriger ingaat op de toepassing van het bedreigingscriterium (vooral op het element dat 'normale' ordehandhavingsmaatregelen ontoereikend moeten zijn om de crisis te bestrijden),⁸¹ komt het EHRM in zijn arrest (1978) in een zeer summiere overweging tot de conclusie dat het bestaan van een noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt in het Verenigd Koninkrijk volstrekt duidelijk was:

80 Zie voor een uitvoerige beschrijving van de ontwikkeling van de crisissituatie in Noord-Ierland en van de door de Britse autoriteiten toegepaste noodwetgeving: EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ireland/UK), § 11-143 en O'Boyle 1977, p. 674-680.

81 ECieRM 25 januari 1976 (rapport), *Series B* vol. 23-I (Ireland/UK), p. 117. De Commissie was 'satisfied that there existed in Northern Ireland at all times material for the present case a public emergency threatening the life of the nation within the meaning of Article 15. The degree of violence, with bombing, shooting and rioting was on a scale far beyond what could be called minor civil disorder. It is clear that the violence used was in many instances planned in advance, by factions of the community organised and acting on para-military lines. To a great extent the violence was directed against the security forces which were severely hampered in their function to keep or restore the public peace.'

‘Article 15 comes into play only “in time of war or other public emergency threatening the life of the nation”. The existence of such an emergency is perfectly clear from the facts summarised above (...) and was not questioned by anyone before either the Commission or the Court. The crisis experienced at the time by the six counties therefore comes within the ambit of Article 15.’⁸²

Het arrest maakt verder niet duidelijk wat nu de precieze consequentie is van het feit dat de Britse stelling omtrent het bestaan van een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15, eerste lid, EVRM niet bestreden werd door de klagende partij. Opgemerkt moet worden dat er twee redenen waren waarom het voor de Ierse regering niet direct voor de hand lag dit punt ter discussie te stellen: (a) de jaren waarop deze statenklachtprocedure betrekking had, waren de meest gewelddadige van het hele Noord-Ierse conflict – met meer dan 200 doden en bijna 30.000 gewonden als gevolg van meer dan 3000 bomaanslagen en schietincidenten op het Noord-Ierse territorium;⁸³ (b) in de zaak *Lawless/Ireland* had het EHRM een situatie waarin van beduidend minder ernstige gewelddadigheden sprake was reeds binnen het bereik van artikel 15 gebracht. Dat neemt echter niet weg dat al deze ongeregelde toestanden, hoe ernstig ook, toch hoofdzakelijk een regionaal (Noord-Iers) karakter hadden, zij waren niet verspreid over het hele territorium van het Verenigd Koninkrijk. De vraag had derhalve kunnen worden opgeworpen of deze noodsituatie voldeed aan het uit artikel 15 voortvloeiende vereiste dat zij ‘the whole nation’ moet betreffen en naar aanleiding van de uitkomst van dit arrest kan de vraag gesteld worden welke betekenis dit vereiste nu nog precies heeft.

Buergenthal en Hartman geven op deze vraag een mijns inziens goed te verdedigen antwoord. De eerste meent dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de omvang en ernst van de bedreiging voor de staatsveiligheid en de geografische afgrenzing van het gebied waar de dreiging optreedt. Van een ‘public emergency threatening the life of the nation’ kan volgens hem ook sprake zijn als zich slechts in een gedeelte van het land een ernstige noodsituatie voordoet, zonder dat deze dreigt over te slaan naar andere gedeeltes van het land:

‘A contrary interpretation is unreasonable, since it would prevent a state party from declaring a public emergency in one of its remote provinces where a large-scale armed insurrection was in progress merely because it appeared that the conflict would not spread to other provinces.’⁸⁴

Hartman voegt daar een – naar mijn mening essentieel – ijkpunt aan toe: ‘some fundamental element of statehood, such as the functioning of the judiciary or legislature or the flow of crucial supplies, must be seriously endangered’.

82 EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ireland/UK), § 205.

83 Zie EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ireland/UK), § 20-77.

84 Buergenthal 1981, p. 80

Zij geeft hieraan dan wel een zeer genuanceerde interpretatie: ook indien 'there is a substantial threat of detachment or loss of control over an important region, with a significant impact on central institutions' kan aan de maatstaf voldaan zijn.⁸⁵ Bovendien voegt ze er aan toe dat, indien een noodtoestand op correcte wijze is uitgeroepen vanwege lokale of regionale ongeregeldeheden 'met een nationale impact', het proportionaliteitsbeginsel vergt dat de maatregelen die afwijken van de verdragsverplichtingen op grond van de mensenrechtenverdragen 'be carefully tailored to the geographically confined emergency'.⁸⁶ Zo komt zij tot de volgende samenvatting van de uitgangspunten of elementen van het bedreigingscriterium: (1) Opschorting van grondrechten is alleen aan de orde in 'extraordinary and extreme situations and not as a matter of habit or to deal with chronic tensions in governance'; (2) de noodsituatie die aanleiding vormt tot de opschorting van grondrechten 'must imperil the nation as a whole and its ability to function as a democratic polity'; (3) de bedreiging voor de staatsveiligheid moet 'actual or closely imminent rather than speculative, potential, latent, or lingering' zijn.⁸⁷

Terug naar de tekst van het arrest *Ireland/United Kingdom*. Hoewel er voor het Hof, na de constatering dat *in casu* het bestaan van een ernstige noodsituatie 'perfectly clear' was, geen enkele noodzaak is om in te gaan op een eventueel aan de staat toekomende *margin of appreciation* met betrekking tot de toepassing van het bedreigingscriterium,⁸⁸ wijdt het hier toch een belangrijke en verstrekkende overweging aan:

'The limits on the Court's powers of review (see judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine; Handyside judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, para. 48) are particularly apparent where Article 15 is concerned.

It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and

85 Hartman 1981, p. 16. In de *Siracusa Principles* wordt dit in als volgt samengevat (*principle* 39): 'A threat to the life of the nation is one that affects (a) the whole of the population and either the whole or part of the territory of the State, and (b) threatens the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the State or the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant'. Svensson-McCarthy 1998, p. 309, leidt uit het arrest *Ireland/UK* af dat 'it is sufficient that a crisis effects the "whole population" of one section of the state community, the "organised life" of which is thereby threatened'.

86 Hartman 1985, p. 93. Enzo Svensson-McCarthy 1998, p. 309.

87 Hartman 1985, p. 91.

88 Svensson-McCarthy 1998, p. 308.

on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 leaves those authorities *a wide margin of appreciation* [cursivering JPL]. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States' engagements (...), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis (...). The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision.⁸⁹

Voorzover er naar aanleiding van de *Greek case* twijfel mocht zijn over de toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine in zaken met betrekking tot artikel 15 EVRM, in het bijzonder het daarin opgenomen bedreigingscriterium, maakt dit arrest daaraan een einde. De in eerdere (niet aan artikel 15 gerelateerde) jurisprudentie gevestigde *margin of appreciation*-doctrine wordt in artikel 15-zaken extensief uitgelegd: aan de nationale autoriteiten komt een *ruime* beoordelingsmarge toe bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een ernstige noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt en bij de bepaling van de noodzaak en proportionaliteit van de getroffen noodmaatregelen. Weliswaar gaat die ruime beoordelingsmarge voor de staten volgens het Hof vergezeld van een supranationale Europese controle, maar die heeft blijkens de woorden van het Hof vooral betrekking op de proportionaliteit van de getroffen noodmaatregelen en niet (althans zo lijkt het) op de assumptie van de betrokken staat over de aanwezigheid van een ernstige noodsituatie.

De grote zwaai waarmee het EHRM in dit arrest de deur voor de verdragspartijen om te ontsnappen aan hun verdragsverplichtingen met een beroep op de opschortingsbepaling open zet, wordt in de mensenrechtelijke literatuur vrijwel unaniem betreurd.⁹⁰ Nu zou ik geenszins willen beweren dat de ernst van de crisis in Noord-Ierland in de eerste helft van de jaren '70 een beroep op artikel 15 EVRM niet kon rechtvaardigen; de weinig indringende toets aan het bedreigingscriterium die het Hof aanlegt brengt het Europese toezicht op dit punt echter terug tot wel zeer geringe proporties.

7.1.4.4 De zaak Brannigan and McBride/United Kingdom

Na het arrest *Ireland/United Kingdom* duurt het bijna 15 jaar voordat de Straatsburgse organen opnieuw geconfronteerd worden met een nieuwe zaak waarin een beroep op artikel 15 EVRM wordt gedaan: de zaak *Brannigan and McBride/United Kingdom*. Ook deze zaak heeft weer betrekking op het toepassen van verlengde administratieve detentie zonder voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit in Noord-Ierland, op basis van de voor dit gebied geldende Britse noodwetgeving. Voor een goed begrip van deze zaak is het echter noodzakelijk

⁸⁹ EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ireland/UK), § 205.

⁹⁰ Zie o.m. Higgins 1976-1977, p. 299; Hartman 1981, p. 34-35; Hartman 1985, p. 125; Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 552-553; Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 492; Gross 1998, p. 473; Gross & Ní Aoláin 2001, p. 635-636.

om terug te kijken op het *Brogan*-arrest uit 1988 (reeds kort aangehaald in § 5.7.2.2 *supra*).

Op 22 augustus 1984 trekt de Britse regering de sinds 1957 geldende opschortingsnotificatie ten aanzien van Noord-Ierland, die onder meer betrekking heeft op artikel 5 EVRM, in. Op 29 november 1988 veroordeelt het EHRM in het arrest *Brogan and others* het Verenigd Koninkrijk wegens schending van artikel 5, derde en vijfde lid, EVRM, omdat een detentieperiode van vier dagen en zes uur zonder voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit die een oordeel zou kunnen uitspreken over de rechtmatigheid van de detentie door het Hof te lang wordt geacht en de op dat moment geldende Britse noodwetgeving voor Noord-Ierland niet voorziet in een afdwingbaar recht op schadeloosstelling voor in strijd met artikel 5, derde lid, ondergane detentie.⁹¹ De Britse regering meent echter dat de antiterrorismewetgeving die door het Hof in strijd met het EVRM is geoordeeld noodzakelijk is om de situatie in Noord-Ierland in de hand te kunnen houden.⁹² In het licht van de problemen die de voortdurende crisis in Noord-Ierland oplevert voor het functioneren van de normale gerechtelijke procedures acht de Britse regering met name de mogelijkheid tot verlengde administratieve detentie onmisbaar. De normale gerechtelijke procedures voorzien bij voorgeleiding voor een rechtmatigheidsoordeel over de detentie namelijk in een openbare zitting en een openbare wisseling van het bewijsmateriaal waarop de verdenking gebaseerd is.⁹³ Deze openbaarheid houdt volgens de Britse regering het risico in dat informatie over het functioneren en de activiteiten van terroristische organisaties waarover de autoriteiten beschikken, ter kennis komt van die organisaties, waarna zij hun wijze van opereren zouden kunnen aanpassen of mogelijke informanten zouden kunnen identificeren. Zij bericht daarom op 23 december 1988 aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa opnieuw gebruik te maken van de opschortingsmogelijkheid van artikel 15 EVRM, meer specifiek worden de verdragsverplichtingen onder artikel 5, derde lid, opgeschort.⁹⁴ Aanvankelijk verklaart de regering in het Britse parlement nog verder te willen zoeken naar 'a judicial route through this problem', maar in december 1989 bevestigt de regering de anti-terrorismewetgeving ongewijzigd in stand te laten en gebruik te blijven maken van de opschortingsmogelijkheid van artikel 15 EVRM 'for so long as

91 EHRM 23 december 1988, *Series A* vol. 145-B (*Brogan and others/UK*), m.n. § 55-62 en 66-67.

92 De Standing Advisory Commission on Human Rights (SACHR), het bij wet ingestelde adviesorgaan van de Britse regering voor mensenrechtenvraagstukken in Noord-Ierland had de regering juist geadviseerd om de een vorm van rechterlijke toetsing van de detentie (binnen de *Brogan*-termijn) te introduceren in de Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act, aangezien hiervoor heel goed een vorm gekozen zou kunnen worden die voldeed aan de EVRM-eisen en tegelijkertijd de doelstellingen van de anti-terrorismewet niet tekort zou doen. De SACHR achtte daarom gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid niet noodzakelijk en niet gewenst. Zie Marks 1995, p. 71.

93 Zie EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 258-B (*Brannigan and McBride/UK*), § 30.

94 Notificatie d.d. 23 december 1988, *Yearbook ECHR* 1988, p. 15-16.

the circumstances require'.⁹⁵ De zaak *Brannigan and McBride* is een van de vele klachtprocedures die in Straatsburg aanhangig worden gemaakt over deze wijze van gebruikmaking van de opschortingsbepaling uit het EVRM.⁹⁶

Brannigan en McBride worden in januari 1989 op basis van de *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* vastgehouden voor perioden van zes dagen en veertien-en-een-half uur respectievelijk vier dagen, zes uur en 25 minuten.⁹⁷ In de Straatsburgse procedure geeft de Britse regering toe niet gehandeld te hebben conform de eisen van artikel 5, derde en vijfde lid, EVRM. Centrale vraag is dan ook of het Britse beroep op artikel 15 voldoende is om aan verdragsschending in de weg te staan. De ECieRM oordeelt van wel en verwijst de zaak door naar het EHRM.

Gezien deze voorgeschiedenis is het logisch dat de kern van het arrest van het EHRM in deze zaak gevormd wordt door de toets aan het bedreigingscriterium: de al dan niet aanwezigheid van een 'public emergency threatening the life of the nation' en de omvang van de *margin of appreciation* die aan de nationale autoriteiten op dit punt dient te worden gelaten. Met betrekking tot dit laatste punt voeren de klagers, tezamen met een aantal mensenrechten-NGO's⁹⁸ die van het EHRM verlof hebben gekregen om als *amicus curiae* schriftelijke pleidooien en standpunten over de zaak aan het Hof voor te leggen,⁹⁹ aan dat de *margin of appreciation*-doctrine zich sinds het arrest *Ireland/United Kingdom* uit 1978 enorm heeft ontwikkeld (met betrekking tot andere bepalingen dan artikel 15), met zeer genuanceerde benadering ten aanzien van de omvang van die *margin of appreciation* in bepaalde categorieën van gevallen. Vanuit dat perspectief voeren zij drie argumenten aan waarom het toekennen van een ruime *margin* in de onderhavige zaak ongepast is.¹⁰⁰

95 Marks 1995(a), p. 71.

96 De anderen waren appl.nos. 14672/89, 14780/89, 14880/89, 18317-320/91, 18627-628/91, 19431/92 en 20440/92. Al deze zaken werden aangehouden tot de afronding van de zaak *Brannigan and McBride* en eindigden in gelijklopende oordelen.

97 Brannigan werd gedurende zijn detentie 43 keer ondervraagd en mocht niets lezen of schrijven, had geen radio of televisie tot zijn beschikking en had geen contact met andere gedetineerden. Tijdens de eerste 48 uur van zijn detentie kreeg hij geen toestemming om met een advocaat te spreken, omdat de politie meende dat dit het onderzoek tegen hem zou schaden. Op 11 januari had hij een gesprek met een advocaat en tijdens zijn detentie werd hij 17 keer bezocht door een arts. McBride werd in die periode 22 keer ondervraagd, kreeg twee keer bezoek van zijn advocaat en werd 8 keer bezocht door een arts. Verder was hij aan hetzelfde regime onderworpen als Brannigan. McBride werd in februari 1992 doodgeschoten door een dolgeworden politieman die het hoofdkwartier van Sinn Féin in Belfast aanviel.

98 Te weten Amnesty International, Interights, Liberty en het Committee on the Administration of Justice.

99 Zie in het algemeen over de rol van mensenrechten-NGO's als *amicus curiae* in procedures voor het EHRM: Loof 1996, p. 20-30.

100 EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 258-B (*Brannigan and McBride/UK*), § 41-42. De door de *amici* in deze zaak ingebrachte commentaren hebben niet zozeer het karakter van een beknopt NGO-standpunt, maar bevatten tamelijk uitvoerige en goed gedocumenteerde

- 1 Het karakter van de rechten die in het geding zijn. Zij stellen dat het opschorten van belangrijke procedurele waarborgen zoals het onverwijld voorgeleiden aan een rechter van personen die gearresteerd en vervolgens gedetineerd zijn het grote risico inhoudt van schendingen van andere mensenrechten, ook van niet-opschortbare rechten. Om dit te voorkomen zou het Hof een indringende toets moeten verrichten ten aanzien van de noodzaak om gebruik te maken van de opschortingsmogelijkheid.
- 2 Het karakter van de noodsituatie die aanleiding vormt voor gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid. Zij betogen dat bij een langdurige, 'semi-permanente' situatie van onrust en gewelddadigheden zoals die in Noord-Ierland, de regering niet te maken heeft met een plotselinge crisis die noodzaakt tot een snelle belangenafweging en spoedeisende maatregelen om hieraan het hoofd te bieden, zodat er geen reden is om een minder strikte toetsingsintensiteit te hanteren dan in andere (niet-crisisgerelateerde) zaken.
- 3 De mate waarin in het *Brogan*-arrest reeds rekening gehouden is met de bijzondere omstandigheden in Noord-Ierland. In dit arrest heeft het Hof immers aangegeven oog te hebben voor de crisissituatie in Noord-Ierland en de moeilijkheden die de Britse autoriteiten ondervinden bij het onderzoek naar terroristische misdrijven en erkend dat de nationale autoriteiten een aanzienlijke *margin of appreciation* moet worden gegund. Desondanks heeft het Hof in die zaak aangegeven een periode van vier dagen en zes uur detentie zonder voorgeleiding aan een rechter in strijd met artikel 5, derde lid, EVRM te achten.¹⁰¹ Niet valt in te zien waarom de Britse regering nog meer beoordelingsruimte zou moeten worden gelaten bij het treffen van detentiemaatregelen op grond van de speciale anti-terrorisme-wetgeving, dan in de *Brogan*-zaak reeds is gebeurd.

De aangevoerde argumenten overtuigen het EHRM echter niet. Het Hof geeft weliswaar aan dat het bij de uitoefening van zijn toezichthoudende taak 'must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation', maar herhaalt voor het overige de bekende overweging uit het arrest *Ireland/United Kingdom*¹⁰² over de 'wide margin of appreciation' die de staat in artikel 15-zaken toekomt en daar dan vergezeld gaat van een 'European supervision'. Dit keer maakt het hof wel expliciet duidelijk dat die ruime margin of appreciation zowel betrekking heeft op de vaststelling

studies waarin wordt aangegeven in welke richting de internationale normstelling en doctrine m.b.t. opschorting van mensenrechten tijdens noodtoestanden zich ontwikkelen en o.m. verwezen wordt naar de *Siracusa Principles*, de *Paris Minimum Standards* en de *Queensland Guidelines* (opgesteld door de International Law Association).

101 EHRM 28 oktober 1988, *Series A* vol. 145-B (*Brogan and others/UK*), § 61-62. Zie ook § 5.7.2.2 *supra*.

102 EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (*Ireland/UK*), § 207.

van de aanwezigheid van een 'public emergency' als op de noodzaak en proportionaliteit van de getroffen noodmaatregelen.¹⁰³

Met betrekking tot de vraag naar de al dan niet aanwezigheid van een 'public emergency threatening the life of the nation', wordt van de zijde van de klagers zelf de aanwezigheid van zo'n noodsituatie niet betwist. Vanuit enkele van de NGO's die als *amicus curiae* optreden wordt echter wél aangevoerd dat de omstandigheden in Noord-Ierland sinds het einde van de jaren '80 niet langer kunnen worden aangemerkt als een 'public emergency' in de zin van artikel 15.¹⁰⁴ Zij wijzen erop dat de Britse regering in augustus 1984 de reeds lang van kracht zijnde opschortingsnotificatie heeft ingetrokken, klaarblijkelijk omdat zij op dat moment van mening was dat er geen sprake meer was van een 'public emergency'. Volgens de NGO's was de nieuwe opschortingsnotificatie van december 1988 dan ook niet ingegeven door een feitelijke noodsituatie die groot gevaar opleverde voor de staatsveiligheid (er was namelijk in de periode 1984-1988 geenszins sprake van een toename van de gewelddadigheden in Noord-Ierland), maar door de wens van de Britse regering om te ontkomen aan de consequenties van het *Brogan*-arrest van twee maanden daarvoor.¹⁰⁵ Ook op dit punt vangen zij echter bot bij het EHRM. Het Hof overweegt:

'[I]n the light of all the material before it as to the extent and impact of terrorist violence in Northern Ireland and elsewhere in the United Kingdom (...), the Court considers there can be no doubt that such a public emergency existed at the relevant time.'¹⁰⁶

De Britse regering heeft het Hof kennelijk kunnen overtuigen dat de intrekking van de opschortingsnotificatie in 1984 niet zozeer was ingegeven door het feit dat in Noord-Ierland geen sprake meer was van een noodsituatie, maar veeleer door de veronderstelling dat de specifieke antiterrorismewetgeving voor

103 EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK), § 43: 'The Court recalls that it falls to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities (...). Nevertheless, Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision.'

104 Liberty, Interights en het Committee on the Administration of Justice. *Idem*, § 45.

105 Zie ook mijn annotatie bij het arrest *Brannigan and McBride* in *NJCM-Bulletin* 1993, p. 803-810, getiteld 'Hoe het Europese Hof Noord-Ierland een noodtoestand bezorgde'.

106 EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK), § 47.

Noord-Ierland (met zijn verlengde perioden van voorarrest) voldeed aan de eisen van het EVRM, want het Hof vervolgt:

‘It does not judge it necessary to compare the situation which obtained in 1984 with that which prevailed in December 1988 since a decision to withdraw a derogation is, in principle, a matter within the discretion of the State and since it is clear that the Government believed that the legislation in question was in fact compatible with the Convention.’¹⁰⁷

Dit oordeel van het Hof over de ernst van de omstandigheden in Noord-Ierland is hoofdzakelijk gebaseerd op de door de Britse regering aangeleverde schetsen van de situatie in Noord-Ierland sinds begin jaren '70 en statistische gegevens over de hoeveelheden terroristische aanslagen en slachtoffers daarvan in de periode tot 1992,¹⁰⁸ dus *niet* op een specifieke analyse van de situatie ten tijde van het inzenden van de opschortingsnotificatie. Het Hof geeft weliswaar aan dat het ‘its own assessment’ verricht,¹⁰⁹ maar die lijkt niet veel meer in te houden dan het overnemen van het regeringsstandpunt terzake. Uiteindelijk komt het Hof met 22 tegen 4 stemmen tot de conclusie dat de Britse opschorting voldoet aan de eisen van artikel 15 EVRM en dat daardoor het Britse optreden jegens de klagers niet getoetst kan worden aan artikel 5, derde lid, EVRM. Vanwege die onmogelijkheid is er ook geen sprake van een schending van artikel 5, vijfde lid, EVRM.¹¹⁰

Niettegenstaande de grote meerderheid waarmee het EHRM tot zijn oordeel in deze zaak komt, geven diverse *dissenting* en *concurring opinions* die aan het arrest toegevoegd zijn aan dat binnen het Hof wel degelijk discussie is geweest over de te kiezen benadering, zowel ten aanzien van de erkenning van een

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Idem*, § 12: ‘The emergency situation in Northern Ireland in the early 1970s and the attendant level of terrorist activity form the background to the introduction of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974 (“the 1974 Act”). Between 1972 and 1992, over three thousand deaths were attributable to terrorism in Northern Ireland. In the mid 1980s, the number of deaths was significantly lower than in the early 1970s but organised terrorism has continued to grow. Since the commencement of the terrorist campaign there have been 35,104 people injured in Northern Ireland as a result of terrorist acts. Many of these injuries involved loss of limbs and permanent physical disability. In the same period there have been a total of 41,859 terrorist shooting or bombing incidents. Other parts of the United Kingdom have also been subjected to a considerable scale of terrorist violence.’

¹⁰⁹ *Idem*, § 47.

¹¹⁰ *Idem*, § 74 en 76. Het Hof laat enigszins in het midden of art. 5 lid 5 nu niet van toepassing of niet geschonden is. De bewoordingen van § 74 wijzen op het eerste (‘the Court concludes that the derogation lodged by the United Kingdom satisfies the requirements of Article 15 and that therefore the applicants cannot validly complain of a violation of Article 5 para. 3. It follows that there was no obligation under Article 5 para. 5 to provide the applicants with an enforceable right to compensation.’), die van het judicium in § 76 op het laatste (‘there has been no violation of Article 5 para. 5’). Rechter Matscher geeft in zijn *concurring opinion* aan dat de eerste benadering zijn inziens de juiste is: ‘I would add that the inapplicability of Article 5 para. 3 necessarily entails that of Article 5 para. 5’.

ruime beoordelingsvrijheid voor de nationale autoriteiten als ten aanzien van de concrete toepassing van het bedreigingscriterium op de casus. De Nederlandse rechter Martens geeft in zijn *concurring opinion* aan dat hij het niet eens is met de toekenning van een ruime margin of appreciation aan de nationale autoriteiten met betrekking tot de vraag of sprake is van een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15. Hij meent dat het klakkeloos vasthouden aan de vijftien jaar eerder, in het arrest *Ireland/United Kingdom*, uitgezette beoordelingskoers geen recht doet aan de ontwikkelingen binnen het internationale recht (zoals uiteengezet door de diverse als *amicus* optredende NGO’s) op dit terrein en ook niet aansluit bij de ontwikkelingen binnen de Raad van Europa:

‘For my part, I found Amnesty International’s arguments against so deciding [het toekennen van een ruime margin of appreciation – JPL] persuasive, especially where Amnesty emphasised developments in international standards and practice in answer to world-wide human rights abuses under cover of derogation and underlined the importance of the present ruling in other parts of the world. Consequently, I regret that the Court’s only refutation of those arguments is its reference to a precedent which is fifteen years old.

Since 1978 “present day conditions” have considerably changed. Apart from the developments to which the arguments of Amnesty refer, the situation within the Council of Europe has changed dramatically. It is therefore by no means self-evident that standards which may have been acceptable in 1978 are still so. The 1978 view of the Court as to the margin of appreciation under Article 15 was, presumably, influenced by the view that the majority of the then member States of the Council of Europe might be assumed to be societies which (...) had been democracies for a long time and, as such, were fully aware both of the importance of the individual right to liberty and of the inherent danger of giving too wide a power of detention to the executive. Since the accession of eastern and central European States that assumption has lost its pertinence.’¹¹¹

Martens voegt daar aan toe dat hij überhaupt de wijze waarop het Hof in artikel 15-zaken de verdragsstaten een zeer ruime beoordelingsvrijheid toekent onbevredigend acht:

‘There is (...) no justification for leaving them a wide margin of appreciation because the Court, being the “last-resort” protector of the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention, is called upon to strictly scrutinise every derogation by a High Contracting Party from its obligations.’¹¹²

De ontwikkelingen binnen de Raad van Europa na de val van de muur in 1989 worden ook aangehaald in de *dissenting opinion* van de Poolse rechter Makar-

111 *Idem*, Concurring Opinion of Judge Martens, § 3.

112 *Idem*, Concurring Opinion of Judge Martens, § 4.

czyk (op dat moment een relatieve 'nieuwkomer' binnen het Hof). Hij merkt – in mijn ogen zeer terecht¹¹³ – op, dat het oordeel van het Hof ten aanzien van het Britse optreden in schril contrast staat met het beleid van de Raad van Europa ten opzichte van de Centraal- en Oost-Europese staten die partij willen worden bij het EVRM. Van deze 'emerging democracies' wordt verwacht dat zij de verdragsnormen inclusief de uitwerking daarvan in de jurisprudentie van het Hof volledig accepteren en het Verdrag liefst zonder voorbehoud ratificeren. In hun verlangen te kunnen worden gerekend tot de familie van gerespecteerde democratische rechtsstaten getroosten deze staten zich de nodige moeite om hun rechtstelsel in overeenstemming te brengen met de verdragsstandaard. Het arrest wekt in zijn ogen de indruk dat het Hof aan de oudste democratie ter wereld op juist betrekkelijk 'makkelijke' wijze toestaat van het Verdrag af te wijken. Dit acht hij een volstrekt verkeerd signaal, mede omdat zaken over afwijking van de verdragsartikelen op grond van artikel 15 minder 'op zichzelf staan' dan vele andere zaken waarmee het Hof geconfronteerd wordt:

'The principle that a judgment of the Court deals with a specific case and solves a particular problem does not, in my opinion, apply to cases concerning the validity of a derogation made by a State under Article 15 of the Convention. A derogation made by any State affects not only the position of that State, but also the integrity of the Convention system of protection as a whole.'¹¹⁴

Ten aanzien van de toepassing van het bedreigingscriterium in het concreet voorliggende geval merkt de Ierse rechter Walsh op dat er weinig twijfel over hoeft te bestaan dat de omstandigheden in Noord-Ierland inderdaad kunnen worden aangemerkt als een 'public emergency threatening the life of that region of the United Kingdom'¹¹⁵ Hij wijst er echter op dat de Britse opschortingsnotificatie en de daaronder getroffen noodmaatregelen van verlengd voorarrest in beginsel van kracht zijn voor het *gehele* Verenigd Koninkrijk, terwijl 'there is no evidence that the life of the rest of the United Kingdom, viz. the island of Great Britain, is threatened by "the war or public emergency in Northern Ireland", which is separated by sea from Great Britain and of which it does not form a part'.¹¹⁶ Het Hof geeft in de hierboven weergegeven overweging echter kortweg aan ook 'elsewhere in the United Kingdom' een

113 Zie daarover ook mijn annotatie bij het arrest *Brannigan and McBride* in *NJCM-Bulletin* 1993, p. 803-810.

114 EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 258-B (*Brannigan and McBride/UK*), Dissenting Opinion of Judge Makarczyk, § 1.

115 *Idem*, Dissenting Opinion of Judge Walsh, § 2. Deze opvatting lijkt door vrijwel alle rechters binnen het EHRM te worden gedeeld en vormt een belangrijke reden waarom, ondanks fundamentele kritiek op de door het Hof gekozen benadering m.b.t. de *margin of appreciation*, enkele rechters (zoals o.m. Martens) toch komen tot een 'concurring' opinion.

116 *Ibidem*.

noodsituatie in de zin van artikel 15 aanwezig te achten. Ook als dit niet het geval zou zijn geweest, is het echter nog maar de vraag of dit het Hof tot een ander eindoordeel zou hebben gebracht. Dit zou dan immers een toetsing van de Britse noodmaatregelen *in abstracto* hebben gevergd (iets waartoe het Hof niet snel geneigd is): de concrete toepassing van de Britse noodmaatregelen ten opzichte van beide klagers – de administratieve detentie van Brannigan en McBride – had namelijk wel op Noord-Iers grondgebied plaatsgevonden.

7.1.4.5 De zaak Aksoy/Turkey en daaropvolgende zaken over de Turkse opschortingsnotificatie

Na 1993 komt artikel 15 EVRM in de Straatsburgse jurisprudentie vooral aan de orde in verband met klachten tegen Turkije. Deze klachten betreffen telkenmale het optreden van Turkse veiligheidstroepen en andere functionarissen op basis van de noodwetgeving die in werking is gesteld voor Zuid-Oost Anatolië, vanwege de aldaar woedende strijd tegen de Koerdische arbeidersbeweging PKK. In verband hiermee heeft de Turkse regering in augustus 1990 een opschortingsnotificatie aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa gezonden waarin melding wordt gemaakt van een ernstige bedreiging voor de nationale veiligheid in de betreffende regio,¹¹⁷ van grote aantallen slachtoffers in de laatste jaren als gevolg van terroristische acties¹¹⁸ en van de inwerkingtreding van diverse noodverordeningen die bepalingen bevatten die afwijken van de verdragsverplichtingen onder artikel 5, 6, 8, 10, 11 en 13 EVRM. In mei 1992 is door Turkije gemeld dat enkele noodverordeningen zijn ingetrokken, zodat vanaf dat moment nog slechts de verplichtingen van Turkije onder artikel 5 EVRM zijn opgeschort.

De eerste zaak waarin deze opschortingsnotificatie aan de orde wordt gesteld is de zaak *Aksoy/Turkey*. De klager in deze zaak voert aan op 24 november 1992 gearresteerd te zijn en vervolgens gedetineerd op verdenking van betrokkenheid bij de PKK. Tijdens zijn detentie is hij ernstig mishandeld en gemarteld. Na zijn vrijlating op 10 december 1992 moet hij zich in een ziekenhuis laten behandelen vanwege verlamningsverschijnselen aan beide armen als gevolg van een zenuwbeschadiging. Hij wordt verder niet vervolgd door het Turkse openbaar ministerie. Op 20 mei 1993 start hij een procedure bij de ECieRM waarin hij klaagt over schending van artikel 3 (vanwege de marteling), artikel 5, derde lid (omdat hij tijdens zijn arrest niet onverwijld is voorgeleid aan een rechter), artikel 6, eerste lid, en artikel 13 EVRM (vanwege de

117 De Turkse regering stelt: 'The threat to national security is predominantly occurring in provinces [i.e. Elazig, Bingöl, Tunceli, Van, Diyarbakir, Mardin, Siirt, Hakkâri, Batman and Sirnak] of South East Anatolia and partly also in adjacent provinces.' Zie de weergave van de opschortingsnotificatie in EHRM 26 november 1996, *RJ&D* 1996-VI, § 31.

118 *Ibidem*: 'During 1989, 136 civilians and 153 members of the security forces have been killed by acts of terrorists, acting partly out of foreign bases. Since the beginning of 1990 only, the numbers are 125 civilians and 96 members of the security forces.'

onmogelijkheid om op nationaal niveau een procedure aanhangig te maken tegen degenen die verantwoordelijk waren voor zijn mishandeling). Bovendien zou het hier niet gaan om een incidentele situatie; wat Aksoy is overkomen zou onderdeel uitmaken van een systematische praktijk van de Turkse autoriteiten.

Nog voor de ECieRM zich over de ontvankelijkheid van de zaak kan uitspreken vindt Aksoy de dood. Hij wordt neergeschoten en overlijdt op 16 april 1994 aan zijn verwondingen. Zijn vertegenwoordigers melden de ECieRM dat Aksoy meermalen is bedreigd nadat hij zijn zaak in Straatsburg aanhangig heeft gemaakt; Aksoy's familie houdt de autoriteiten verantwoordelijk voor zijn dood en claimt een schending van artikel 25 vanwege ongeoorloofde belemmering van het individueel klachtrecht. De Turkse regering voert echter aan dat Aksoy is vermoord door een rivaliserende PKK-factie.

Met betrekking tot de klacht over schending van artikel 5, derde lid, EVRM beroept de Turkse regering zich op de opschortingsnotificatie van mei 1992. De ECieRM moet derhalve oordelen of dit terecht is en dus bepalen of voldaan is aan het bedreigingscriterium. De vertegenwoordigers van de klager voeren niet aan dat dit niet zo zou zijn. Zij stellen dat het aan de verdragsorganen is 'to determine the validity of the Turkish derogation'.¹¹⁹ De ECieRM overweegt dan het volgende:

'There is no serious dispute between the parties as to the existence of a public emergency in South-East Turkey threatening the life of the nation. In view of the grave threat posed by terrorism in this region, the Commission can only conclude that there is indeed a state of emergency in South-East Turkey which threatens the life of the nation.'¹²⁰

Als het EHRM in 1996 arrest wijst in deze zaak hanteert het op dit punt vrijwel identieke bewoordingen, maar met een kleine nuancerings. Na de 'standaard-overweging' uit *Ireland/United Kingdom* en *Brannigan and McBride/United Kingdom* over de ruime *margin of appreciation* die vergezeld gaat van een 'European supervision', stelt het Hof:

'The Government, with whom the Commission agreed on this point, maintained that there was a public emergency "threatening the life of the nation" in South-East Turkey. The applicant did not contest the issue, although he submitted that, essentially, it was a matter for the Convention organs to decide. (...)

The Court considers, in the light of all the material before it, that the particular extent and impact of PKK terrorist activity in South-East Turkey has undoubtedly created, in the region concerned [cursivering JPL], a "public emergency threatening the life of the nation".'¹²¹

119 ECieRM 23 oktober 1995 (rapport), appl.no. 21987/93 (Aksoy/Turkey), § 173.

120 *Idem*, § 179.

121 EHRM 18 december 1998, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 70.

Anders dan de Commissie, geeft het Hof dus aan dat het PKK-terrorisme slechts in een deel van Turkije een 'public emergency' in de zin van artikel 15 veroorzaakt. Het regionaal beperkte karakter van de noodtoestand is echter geen beletsel voor de toepassing van artikel 15, evenmin als dit in de zaak *Ireland/United Kingdom* het geval was. Voor beide Straatsburgse instanties geldt echter dat zij tot de conclusie komen dat een 'public emergency' in de zin van artikel 15 aanwezig moet worden geacht aan de hand van slechts zeer beknopte informatie verstrekt door de Turkse regering in de opschortingsnotificatie.

Na het arrest *Aksoy/Turkey* volgen nog diverse andere procedures in Straatsburg over feiten die hebben plaatsgevonden in ongeveer dezelfde periode, begin jaren '90, en waarin de geldigheid van de Turkse opschorting van de verplichtingen onder artikel 5 EVRM aan de orde komt, omdat de klagers geconfronteerd zijn met tamelijk langdurige administratieve detentie en een slechte behandeling gedurende die detentie. In de zaak *Demir and others/Turkey* herhaalt het EHRM hierbij wederom de 'standaardoverweging' over zijn toetsingsbenadering en verwijst het voor de vaststelling van de aard van de noodomstandigheden simpelweg naar zijn constatering uit het *Aksoy*-arrest met de toevoeging dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat de omstandigheden drastisch zouden zijn veranderd.¹²² In latere uitspraken is het Hof nog beknopter in zijn overwegingen met betrekking tot het bedreigingscriterium: de vraag naar de aanwezigheid van een 'public emergency' wordt niet eens meer beantwoord en er wordt in het kader van artikel 15 zonder meer overgeschakeld naar de toetsing aan het daarin opgenomen vereiste 'strictly required by the exigencies of the situation' (het proportionaliteitsbeginsel).¹²³ Een en ander wordt ongetwijfeld ingegeven door het feit dat vanaf de zaak *Aksoy* het Hof in dit vereiste consequent de basis vindt voor de conclusie dat het verdrag geschonden is (hetgeen nader aan de orde komt in § 8.3 *infra*).

7.1.4.6 De zaak *Marshall/United Kingdom*: nog steeds een noodtoestand in Noord-Ierland

In 2001 spreekt het EHRM opnieuw – en vooralsnog voor het laatst – een oordeel uit over de Britse opschorting van de verplichtingen onder artikel 5 EVRM in verband met de crisis in Noord-Ierland. In de zaak *Marshall/United Kingdom* wordt geklaagd over detentie zonder voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit welke ruim zes dagen geduurd heeft en heeft plaatsgevonden in februari 1998.¹²⁴ De *Brogan*-termijn is duidelijk overschreden en derhalve staat in de uitspraak centraal of de Britse opschorting van de verplichtingen onder artikel 5 EVRM anno 1998 – toch al weer vijf jaar na het arrest *Brannigan*

122 EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-VI (*Demir and others/Turkey*), § 43-45

123 EHRM 17 juni 2003, appl.no. 41478/98 (*Nuray Sen/Turkey*), § 25-29; EHRM 13 november 2003, appl.nos. 23145/93 en 25091/94 (*Elci and others/Turkey*), § 178-179.

124 EHRM 10 juli 2001 (ontv.besl.), appl.no. 41571/98 (*Marshall/UK*), p. 2.

and McBride – nog steeds gerechtvaardigd was. Het EHRM geeft in zijn uitspraak weer wat de klager met betrekking hiertoe naar voren heeft gebracht:

‘The applicant asserts against this background that any public emergency which might have existed in Northern Ireland was effectively over by the time of his unlawful detention and that the respondent Government cannot legitimate the retention of their derogation with reference to possible future outbreaks of terrorist violence. In his submission, it is for the Government to act appropriately in response to future such outbreaks if and when they occur. However, the Government should not be permitted under the Convention to impose a permanent state of emergency on the province with the pernicious consequences which that would entail for respect for the rule of law. In this connection, the applicant stresses that, save for a few brief periods, Northern Ireland had experienced emergency rule and derogation from basic liberties since 1971. According to the applicant, this factor had to weigh heavily in the balance in the Court’s assessment of the continuing validity of the derogation and must narrow considerably the scope of any appeal which they make to the margin of appreciation doctrine. In this connection, the applicant urged the Court to apply a strict scrutiny test in regard to the Government’s claim as to the existence of a public emergency and to the legality, in Convention terms, of the measures taken by the respondent State which encroach on Convention freedoms such as guaranteed by Article 5 § 3.’¹²⁵

De Britse regering voorziet het Hof van statistische gegevens over de jaarlijkse hoeveelheid slachtoffers als gevolg van de Noord-Ierse crisis sinds 1989. Hieruit komt naar voren dat in 1998 55 doden vielen en 1564 gewonden. Ook wijst zij op de jaarlijkse rapportages aan het parlement waarin door een onafhankelijke onderzoeker verslag wordt gedaan van het functioneren van de in de antiterrorismewetgeving voorziene noodmaatregelen met betrekking tot administratieve detentie en de noodzaak tot eventuele verlenging van die maatregelen wordt gezien. In de rapportage over 1998 heeft de onderzoeker opgemerkt dat, ondanks het in 1994 tussen de belangrijkste strijdende groeperingen overeengekomen staakt-het-vuren:

‘there are dissident elements who are intent upon causing injury and damage, and they have the capacity to do so. All in all there is a real threat that some terrorist activity will continue in Northern Ireland (...) My conclusion is this, criminals with a terrorist or paramilitary disposition have the means to carry out attacks with explosives and firearms at any time; furthermore, some of them have maintained an organisation which has structure and influence.’¹²⁶

Meer specifiek met betrekking tot de periode waarin de klager werd gedetineerd stelt de Britse regering dat in de weken voorafgaande aan zijn arrestatie

125 *Idem*, p. 9.

126 *Idem*, p. 6-7.

dertien moorden hadden plaatsgevonden in Noord-Ierland en ook diverse bomaanslagen.¹²⁷

Het EHRM geeft aan dat deze zaak beoordeeld moet worden aan de hand van de beginselen zoals ontwikkeld in de zaken *Lawless, Ireland/United Kingdom* en *Brannigan and McBride* en met inachtneming van de aan de nationale autoriteiten toekomende *margin of appreciation* in dit soort zaken. Het Hof rept weliswaar in dit geval niet expliciet van een 'ruime' *margin of appreciation*, maar merkt wel nadrukkelijk op geen reden te zien voor een andere benadering dan in de eerdere artikel 15-zaken over Noord-Ierland. Aangenomen moet worden dat het Hof derhalve geen striktere toetsing aan het bedreigingscriterium beoogt, al merkt het wel op dat het tijdsverloop sinds de zaak *Brannigan and McBride* bijzondere aandacht verdient:

'However, it must at the same time address with special vigilance the fact that almost nine years separate the prolonged administrative detention of the applicants Brannigan and McBride from that of the applicant in the case before it.'¹²⁸

Uiteindelijk is de conclusie van het Hof echter dat in februari 1998 in Noord-Ierland nog wel degelijk gesproken kon worden van een 'public emergency' in de zin van artikel 15:

'The Court does not agree with the applicant's submission that the security situation in Northern Ireland at the time of his detention had improved to the point where it was no longer justified to refer to it as a public emergency "threatening the life of the nation". It notes that the authorities continued to be confronted with the threat of terrorist violence notwithstanding a reduction in its incidence. It cannot but note that the weeks preceding the applicant's detention were characterised by an outbreak of deadly violence. This of itself confirms that there had been no return to normality since the date of the Brannigan and McBride judgment such as to lead the Court to controvert the authorities' assessment of the situation in the province in terms of the threats which organised violence posed for the life of the community and the search for a peaceful settlement. It recalls in this connection that by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogation necessary to avoid it (...).'¹²⁹

Het Hof houdt dus vast aan de benadering van het bedreigingscriterium zoals die in de eerdere jurisprudentie reeds naar voren kwam, zij het dat het in deze zaak wat nadrukkelijker stilstaat bij de omstandigheden in de specifieke periode waarin de beklaagde detentie plaatsvond.

¹²⁷ *Idem*, p. 7.

¹²⁸ *Idem*, p. 11-12.

¹²⁹ *Idem*, p. 12.

7.1.4.7 *Conclusies: een ruime margin of appreciation met als gevolg onduidelijkheid over de exacte inhoud van het bedreigingscriterium*

De jurisprudentie van ECieRM en EHRM overziend kan worden opgemerkt dat de wijze waarop het bedreigingscriterium ‘public emergency threatening the life of the nation’ in de jurisprudentie nader is uitgewerkt op zich redelijk heldere maatstaven heeft opgeleverd. De karakteristieken waaraan een nood-situatie moet voldoen om onder het bereik van artikel 15 EVRM te vallen, zoals die door het Hof zijn geformuleerd in het *Lawless*-arrest en door de Commissie in de *Greek case* nog wat nader zijn gespecificeerd, zijn behoorlijk precies en geven voldoende houvast voor een adequate beoordeling. De zeer ruime *margin of appreciation* die het Hof sinds het arrest *Ireland/United Kingdom* bereid is te laten aan de nationale autoriteiten met betrekking tot de vraag of sprake is van een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15 heeft echter als consequentie dat de exactheid van de elementen van het bedreigingscriterium bij de toepassing op een bepaalde casus aanzienlijk verwatert.¹³⁰

Deze zeer ruime *margin of appreciation* komt er in de praktijk op neer dat de Straatsburgse instanties zich vrijwel zonder commentaar hebben geconformeerd aan de verklaringen en opvattingen over het bestaan van een noodsituatie die de staatsveiligheid in ernstige mate bedreigt zoals naar voren gebracht door de betreffende regering,¹³¹ indien zij de indruk hadden dat deze regering te goeder trouw handelde.¹³²

Met betrekking tot dit handelen te goeder trouw kan het volgende worden opgemerkt. Uiteindelijk is het van de Straatsburgse organen alleen de ECieRM in de *Greek Case* die – aan de hand van een eigen beoordeling van de omstandigheden – tot de conclusie komt dat een verdragsstaat onterecht stelt dat sprake is van een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15 EVRM. Dit oordeel en deze benadering van de Commissie worden doorgaans verklaard door erop te wijzen dat in deze zaak een striktere toets aangewezen was nu sprake was van ‘an attempt by a non-democratically elected Government to introduce emergency measures in order to consolidate its rule in reliance on article 15’.¹³³ Gezien het belang dat in de Raad van Europa gehecht wordt aan een democratische bestuursvorm en gezien het feit dat de notie van democratie

¹³⁰ Vgl. Svensson-Mccarthy 1998, p. 317.

¹³¹ Dit komt vooral heel duidelijk naar voren in de zaken *Brannigan and McBride/UK* en *Marshall/UK*. Vgl. O’Boyle 1975, p. 52 en Harris, O’Boyle & Warbrick 1995, p. 493: ‘The reliance on cumulative figures, which necessarily do not give an accurate picture of the seriousness of the circumstances at a particular time, is an indication that the Strasbourg authorities accept a view of some emergencies as “campaigns” or continuing events which involves some reconsideration of the derogation power as a temporary expedient. Where there is an organised campaign of violence resulting in deaths at whatever low level among the security forces and civilians it is now hard to see how the Strasbourg authorities could avoid confirming a state’s claim that there is a public emergency within Article 15.’

¹³² Zie ook Fitzpatrick 1994(b), p. 206; Duffy 1996, p. 205; Gross 1998, p. 468-469.

¹³³ Duffy 1996, p. 205.

zo ingebakken zit in de structuur van het EVRM (met name zichtbaar in de bijzondere beperkingsclausules) is een extra strikt toezicht op noodmaatregelen getroffen door een bewind dat niet op democratische wijze aan de macht gekomen is goed verdedigbaar. Het zou echter onjuist zijn om hieraan de conclusie te verbinden dat bij grondrechtenopschortende noodmaatregelen getroffen door een democratisch gelegitimeerd bewind geen strikt toezicht nodig is. Het gegeven dat een bepaalde maatregel op democratische wijze tot stand wordt gebracht zegt op zich namelijk niets over de inhoud van de maatregel of over de inbreuk op bepaalde mensenrechten die daaruit voortvloeit. Zeker nu uit de historie van het staatsnoodrecht blijkt dat het in nood-situaties zelden of nooit voorkomt dat een parlement niet instemt met door de regering voorgestelde noodmaatregelen,¹³⁴ mag uit een democratisch besluitvormingstraject niet zonder meer worden afgeleid dat met een minder strikt internationaal toezicht op conformiteit met mensenrechtenverplichtingen kan worden volstaan.

Buiten de *Greek Case* is de 'ruimhartige' wijze waarop ECieRM en EHRM de *margin of appreciation*-doctrine hebben toegepast allesbepalend voor de interpretatie en toepassing van de in artikel 15 EVRM genoemde voorwaarde voor gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid. In de literatuur wordt de houding die ECieRM en EHRM zich hebben aangemeten ten aanzien van de beoordeling of sprake is van een 'public emergency threatening the life of the nation' vrijwel unaniem in negatieve zin beoordeeld.¹³⁵ Ook in de *Queensland Guidelines* van de ILA wordt aangedrongen op het afstand nemen van de idee van een ruime *margin of appreciation* in zaken die te maken hebben met de interpretatie van de opschortingsbepalingen.¹³⁶ Op zich wekt de invulling van het bedreigingscriterium in de zaak *Lawless* de schijn van een strenge toetsing, maar uit een nadere bestudering van de uitspraak blijkt dat er sprake is van een marginale en nauwelijks effectieve toets.¹³⁷ Nu is de geringe toet-

134 Zie Rossiter 1948, p. 139; Jaenicke 1955, p. 65; Ignatieff 2004, p. 89-90. Vgl. ook de wijze waarop het Britse parlement instemde met de ATCS Act in 2001 ondanks het feit dat een parlementaire commissie constateerde dat de regering geenszins overtuigende bewijzen had weten te overleggen over het bestaan van een 'public emergency'. Zie § 9.2.2.3 *supra*.

135 Zie o.m. Higgins 1976-1977, p. 299-300; Hartman 1981, p. 14; Dinstein 1990, p. 349-350; Gross 1998, p. 496-497; Svensson-McCarthy 1998, p. 317-318; Macdonald 2000, p. 824. Ergec 1987, p. 372 toont echter meer begrip voor de ruime margin of appreciation in art. 15-zaken.

136 Artikel 8 *Queensland Guidelines*: 'In contentious cases arising out of both inter-state and individual applications, the treaty implementing body should not extend a broad "margin of appreciation" to the derogating state but should make an objective determination whether a public emergency as defined in the treaty actually existed, whether the measures taken were proportional to the emergency and non-discriminatory, whether the proper procedures (under both the treaty and national law) for lawful derogation were followed, and whether any non-derogable rights were violated.'

137 Gross 1998, p. 464-465, bestempelt de oordelen van ECieRM en EHRM in deze zaak als 'retoriek': '[N]either the Court nor the Commission chose to stand up to the Irish government. Yet precisely because both adopted the rhetoric of judicial activism, their decisions carried significant legitimating value for the actions of that government. Thus, in *Lawless*

singsintensiteit die de Straatsburgse organen in de zaak *Lawless* aan de dag legden nog enigszins begrijpelijk gezien het feit dat dit (a) de eerste zaak was over de netelige problematiek van opschorting van verdragsverplichtingen ter bescherming van de staatsveiligheid in een noodsituatie gevormd door diverse acties van terroristische groeperingen en het (b) überhaupt de eerste zaak was die door het Hof behandeld werd. Commissie en Hof waren in die periode nog op zoek naar een juiste plaatsbepaling ten opzichte van de verdragsstaten en moesten hun gezaghebbende status nog grotendeels verwerven en ontwikkelen. Ook in de latere arresten, zoals in de zaken *Ireland/United Kingdom* en *Brannigan and McBride/United Kingdom*, blijkt de toetsing aan het bedreigingscriterium door het EHRM echter niet veel meer in te houden dan een aanvaarding en overname van de opvatting van de betreffende verdragspartij met betrekking tot het bestaan van een noodsituatie die de staatsveiligheid in ernstige mate bedreigt.¹³⁸

De ruime *margin of appreciation* die het Hof in *Ireland/United Kingdom* laat aan de nationale autoriteiten is – zo kan worden betoogd – wellicht nog ingegeven door de in de periode die in die zaak ter discussie stond overduidelijke aanwezigheid van veelvuldige en ernstige gewelddadigheden. In *Brannigan and McBride* is dat echter veel minder duidelijk en desalniettemin houdt het Hof vast aan een ruime beoordelingmarge voor de staat.¹³⁹ Wellicht heeft in beide zaken een rol gespeeld dat het bestaan van een ‘public emergency threatening the life of the nation’ niet werd betwist door de klagers. Het zou kunnen dat het EHRM zich verplicht zou voelen tot een uitvoeriger onderzoek naar en motivering van het bestaan van een ‘public emergency’ indien de klagende partij het bestaan hiervan nadrukkelijk zou betwisten. In 1990 merkten Van Dijk & Van Hoof (naar aanleiding van het arrest *Ireland/United Kingdom*) echter – naar mijn mening terecht – op dat de stellingname dat Commissie en Hof geen zelfstandig onderzoek meer behoeven in te stellen naar het bestaan van een ‘public emergency’ in de zin van artikel 15 indien dit niet door de verzoekende partij is betwist, een onjuiste zou zijn:

‘Immers, zeker in het geval van tussen-staatse klachten heeft de procedure een objectief karakter ter handhaving van de door de Conventie gecreëerde rechtsorde als zodanig en niet alleen ter bescherming van bepaalde rechten of belangen van

both the Court and the Commission undermined their jurisdiction independently to review and determine the legitimacy of a derogation decision and the measures following it – thus sowing the seeds of their own ineffectuality. Although they have not completely abdicated their judicial review responsibility to decide a derogation case on its merits, the European human rights bodies have adopted a markedly deferential attitude toward the national governments as to whether a “public emergency” exists.’

¹³⁸ *Idem*, p. 465.

¹³⁹ Niet onmogelijk is dat het EHRM-oordeel over de aanwezigheid van een ‘public emergency’ nog in enigerlei mate is beïnvloed door het feit dat in de weken voordat het arrest gewezen werd een grote IRA-bomaanslag plaatsvond in een parkeergarage in de toen nog grotendeels in aanbouw zijnde prestigieuze Londense wijk Docklands.

partijen. Een lijdelijke houding ten aanzien van het door partijen gestelde past dan derhalve niet, zeker niet wanneer maatregelen aan de orde zijn die juist tot een gedeeltelijke opschorting van die rechtsorde leiden.¹⁴⁰

Bovendien kan in ieder geval in de zaak *Brannigan and McBride* niet worden gezegd dat het EHRM niet 'uitgenodigd' was om een uitvoeriger toets aan het bedreigingscriterium te verrichten: de Britse NGO 'Liberty', die zich als *amicus curiae* in de procedure had gevoegd, had wel nadrukkelijk beargumenteerd dat in Noord-Ierland ten tijde van de betreffende casus geen sprake was van een noodsituatie in de zin van artikel 15 EVRM.¹⁴¹

Marks vatte in 1995 de vier hoofdredenen die door de Straatsburgse organen zijn aangevoerd voor toekenning van een ruime *margin of appreciation* in artikel 15-zaken heel goed samen:

'Four main reasons have been advanced for applying a wide margin of appreciation in the context of derogations. It is said to be inappropriate for the convention organs to decide with the benefit of hindsight on issues which a government must necessarily address urgently and on the basis of information that it may not be capable of publicizing. Secondly, the determination that an emergency exists and that given measures are needed to counter it is – so it is argued – a political judgment, of which judges are ill-equipped and improper arbiters. A third, related point is that a government's responsibility for ensuring law and order entails that its discretion must be respected; the Court serves the public interest in effective government by doing no more than ensuring that the government's conduct in relation to a proclaimed emergency is at least "on the margin" of the powers conferred by Article 15. Finally it is believed that governments may, given that their perceived vital interests are at stake, respond to an adverse decision regarding a derogation by denouncing the Convention, entering a reservation in respect of Article 15, or withdrawing recognition of the Court's jurisdiction of the Commission's competence to receive individual petitions. To avoid losing state support in this way, the Convention organs should reject a derogation only in the most transparently spurious cases.'¹⁴²

Wat betreft deze laatste reden is de situatie per november 1998 enigszins veranderd, aangezien met de inwerkingtreding van het Elfde Protocol en de daarin neergelegde omvorming van het Straatsburgse toezichtmechanisme, de ECieRM is gefuseerd met het EHRM tot een Hof met een *obligatoire* rechtsmacht dat permanent in zitting is. Voor niet-verlenging van de erkenning van het individueel klachtrecht of van de aanvaarding van de rechtsmacht van het EHRM hoeft niet meer gevreesd te worden. Ook opzegging van het EVRM in reactie op een onwelgevallige uitspraak in Straatsburg is in theorie wellicht

140 Van Dijk & Van Hoof 1990, p. 609.

141 EHRM 22 april 1993, *Series A* Vol. 258-A (*Brannigan and McBride/UK*), § 45.

142 Marks 1995, p. 74-75.

nog wel mogelijk, maar mag in het licht van de politieke omstandigheden en de druk die zowel in de Raad van Europa als in de Europese Unie op dit punt gegenereerd kan worden toch als een onmogelijkheid gezien worden.

Wat de eerste drie redenen betreft, moet worden erkend dat zij nog onverkort relevant zijn. De vraag die daarbij echter gesteld moet worden is of deze argumenten (nog) zo zwaarwegend zijn dat zij een ruime *margin of appreciation* rechtvaardigen. In dit verband moet dan worden opgemerkt dat voor een heel aantal zaken waarin het EHRM moet oordelen en die ook gaan over politiek zeer gevoelige en aan terrorisme gelieerde aangelegenheden (denk aan het *Brogan*-arrest of het arrest *McCann and others/United Kingdom*), maar waarin nu net geen beroep is gedaan op de opschortingsbepaling, precies diezelfde argumenten gelden. En in die zaken hanteert het Hof dan niet zo'n ruime *margin of appreciation* en aarzelt het niet om te oordelen tot een schending van het EVRM! Daarmee krijgt het toekennen van een ruime *margin of appreciation* in artikel 15-zaken toch iets willekeurigs.

Het is naar mijn oordeel dan ook tijd dat het EHRM zijn gedachte van een ruime beoordelingsmarge voor staten bij de beoordeling of terecht een beroep is gedaan op de opschortingsmogelijkheid van artikel 15 EVRM geheel laat varen. Het is namelijk ten eerste de vraag of de door het Hof gehanteerde koers recht doet aan de bedoeling van de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen, mede gezien de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.¹⁴³ De koers van het Hof doet in mijn ogen in ernstige mate afbreuk aan het algemeen – ook door de Straatsburgse organen – uitgedragen uitgangspunt dat bij de toepassing van de bepalingen van de mensenrechtenverdragen de daarin gegarandeerde rechten ruim worden uitgelegd en de op de uitoefening van die rechten toegestane beperkingen juist beperkt worden geïnterpreteerd en toegepast.¹⁴⁴ Bovendien ondergraaft deze koers – zoals ook opgemerkt door Martens in zijn hierboven aangehaalde *dissenting opinion* – de 'constitutieve systematiek' (of het *effet utile*) van het EVRM.¹⁴⁵ De koers van het Hof krijgt daarmee het karakter van een dwaalspoor. Reeds naar aanleiding van het arrest *Ireland/United Kingdom* merkte een auteur op dat toekenning van een omvangrijke beoordelingsruimte voor de verdragsstaten bij de toepassing van het bedreigingscriterium het aanzienlijke gevaar oplevert van 'auto-interpretation by a state party (...) of an emergency justifying derogation', aangezien 'a critical onlooker would be justified in concluding that the chances of a state being found guilty of wrongly declaring an emergency are somewhat remote'.¹⁴⁶

143 Ik spreek hier bewust over 'de opschortingsbepalingen'. Zoals in § 6.3 *supra* duidelijk werd, is er een duidelijke samenhang in de totstandkomingsgeschiedenis van m.n. art. 15 EVRM en art. 4 IVBPR.

144 Zie daarover § 4.5 *supra*.

145 Zie daarover § 3.5.1.4 *supra*.

146 Green 1978, p. 100-101.

Dat er risico's verbonden zijn aan de onduidelijkheid over de exacte inhoud van het bedreigingscriterium en aan de zeer terughoudende toetsing die de Straatsburgse organen tot dusverre hebben gehanteerd ten aanzien van dit criterium wordt duidelijk uit de zaken *Brogan* en *Brannigan and McBride*. In het *Brogan*-arrest oordeelt het EHRM – rekening houdend met de crisissituatie in Noord-Ierland – dat de periode van detentie zonder voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit zoals toegepast op basis van de Britse antiterroriswetgeving in strijd komt met artikel 5 EVRM. Vervolgens schort het VK zijn verdragsverplichtingen onder artikel 5 op, met een beroep op het bestaan van een 'public emergency' in de zin van artikel 15 EVRM. In het arrest *Brannigan and McBride* sauveert het EHRM vervolgens deze gang van zaken, omdat het met inachtneming van een ruime *margin of appreciation* meent dat de Britse regering inderdaad kan stellen dat sprake is van een 'public emergency' en omdat het de periode van verlengde invezekeringstelling niet disproportioneel acht.

Wat het Hof hier, op de keper beschouwd, doet, is het reduceren van het inroepen van artikel 15 tot een formaliteit en eigenlijk ook het terugkomen op de eerdere beslissing in het *Brogan*-arrest. Immers, in het *Brogan*-arrest heeft het Hof reeds rekening gehouden met de bijzondere crisissomstandigheden in Noord-Ierland en desalniettemin geoordeeld dat de Britse detentiemaatregelen te ver gaan. In de zaak *Brannigan and McBride* zijn de crisissomstandigheden niet wezenlijk anders (zij zijn hoogstens minder ernstig geworden), maar enkel en alleen vanwege de Britse opschorting van de verdragsverplichtingen onder artikel 5, kunnen de detentiemaatregelen nu wel door de beugel. De Britse regering slaagt er op die manier in om over te schakelen op een lager niveau van mensenrechtenbescherming, zonder dat het Hof heel nauwkeurig kijkt of er wel voldaan is aan de voorwaarde om op dat lagere niveau van mensenrechtenbescherming te kunnen overschakelen.

In hoofdstuk 9 zal ik nog nader duidelijk maken welke belangrijke risico's de door het Hof gevolgde koers inhoudt en tot welke bedenkelijke opvattingen aan de zijde van verdragsstaten deze kan leiden.¹⁴⁷ Wellicht vormt de laatste uitspraak over Noord-Ierland, *Marshall/United Kingdom*, de voorbode van een wat specifiekere focus van het Hof op de omstandigheden in de periode waarin de noodmaatregelen waarover geklaagd wordt plaatsvonden. Een dergelijke houding bij het Hof zou toe te juichen zijn, maar het staat te bezien of deze ontvankelijkheidsbeslissing van een gewone Kamer van het EHRM daadwerkelijk een licht bijgestuurde koers ten aanzien van de toepassing van het bedreigingscriterium indiceert. In ieder geval zou het passen dat bij een grondrechtenopschortende noodtoestand die reeds een lange periode van vele jaren duurt

147 De Straatsburgse 'rekkelijkheid' is er naar mijn mening de oorzaak van dat de Britse regering eind 2001 met enig gemak overgaat tot het opnieuw opschorten van de verdragsverplichtingen onder artikel 5 EVRM en daarbij zelfs toegeeft dat deze stap in haar ogen slechts een 'legal technicality' is (zie § 9.2.2.3 *infra*).

– en dus op gespannen voet komt te staan met het uitgangspunt dat een dergelijke rechtstoestand slechts tijdelijk dient te gelden – de beoordelingsmarge voor de betreffende staat steeds kleiner wordt.

7.1.5 Het bedreigingscriterium in de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité

7.1.5.1 *Introductie*

De toezichthoudende activiteiten van het VN-Mensenrechtencomité hebben tot dusverre niet een bijzonder strikte 'juridische' uitwerking van het bedreigingscriterium opgeleverd. Dit is onder meer het gevolg van het feit dat de toezichthoudende rol van het Comité niet strikt juridisch is. De rapportageprocedure onder artikel 40 IVBPR voorziet in een bestudering en beoordeling door het Comité van de door de verdragsstaten in te dienen rapporten over de implementatie van de verdragsbepalingen binnen hun nationale rechtsorde, waarbij die bestudering en beoordeling ook kan geschieden in het licht van informatie verstrekt door de gespecialiseerde organisaties van de VN¹⁴⁸ of NGO's over de situatie met betrekking tot de verwezenlijking van de IVBPR-rechten in het betreffende land.¹⁴⁹ De 'constructieve dialoog' die zich naar aanleiding van het door de staat ingediende rapport moet voltrekken tussen de leden van Comité en de vertegenwoordigers van de betreffende staat heeft in hoge mate een politiek karakter en leent zich derhalve niet voor het uitspreken van formele conclusies dan wel precieze, juridische of semi-rechterlijke oordelen.¹⁵⁰ Bovendien laat de houding van een behoorlijk aantal verdragsstaten – niet in de laatste plaats de staten die menen een beroep te moeten doen op de mogelijkheid van artikel 4 IVBPR om bepaalde door het verdrag gegarandeerde rechten op te schorten – ten aanzien van de rapportageprocedure veel te wensen over: rapporten worden te laat of helemaal niet ingediend of bevatten slechts zeer gebrekkige informatie.¹⁵¹

148 Art. 40 lid 3 IVBPR; zie hierover McGoldrick 1994, p. 75-77.

149 Hartman 1985, p. 123-124; McGoldrick 1994, p. 77-79. Zie in het algemeen over de rapportageprocedure: Boerefijn 1999.

150 Vgl. Orúa 1992, p. 20 en 48; Hartman 1981, p. 29-30; Walkate 1982, p. 137; Ghandhi 1989, p. 329.

151 McGoldrick 1994, p. 302: 'It appears from the comments of members of the HRC that very few reports have given adequate information on article 4 and in almost all cases members have asked questions, made comments, and requested further additional information. Indeed, at times the primary emphasis of much of the considerations of the HRC has appeared to be the collection of further detailed information relevant to article 4.' Nu moet hierbij worden opgemerkt dat het Mensenrechtencomité diverse stappen heeft ondernomen om rapportageprocedure te stroomlijnen en de staten beter te informeren over de maatstaven waaraan een rapport moet voldoen en dit ook wel tot verbeteringen heeft geleid. Zie Boerefijn 1999, p. 227-253.

Desalniettemin kunnen uit de commentaren van het VN-Mensenrechtencomité over de ingediende statenrapporten en de *Concluding Observations* naar aanleiding van de discussie over het rapport met de vertegenwoordigers van de betreffende verdragsstaat bepaalde punten worden afgeleid die het Comité in het bijzonder van belang acht in verband met het bedreigingscriterium. Daarnaast bieden enkele oordelen die het Comité heeft uitgesproken naar aanleiding van individuele klachten ingediend op basis van het Eerste Facultatieve Protocol bij het IVBPR een verder houvast.¹⁵² Daarbij vallen een aantal zaken op.

7.1.5.1 Beoordelingsbenadering en bewijslast

Het Comité maakt geen nadrukkelijk gebruik van de jurisprudentie over het bedreigingscriterium zoals ontwikkeld door de Straatsburgse organen. McGoldrick merkt in zijn studie naar het functioneren van het Mensenrechtencomité op dat

‘[i]n specific cases individual members have expressed doubts as to the justification for a particular emergency regime or its continuation, and suggested that article 4 allowed States parties considerable latitude in deciding when a public emergency justified derogation and that the decision concerning the emergency situation was a sovereign act. There has not, however, been any clear statement by the HRC on the scope of its jurisdiction under article 4 or on the existence of any doctrine similar to that of the “margin of appreciation” developed under the ECHR.’¹⁵³

Uit een aantal oordelen van het Mensenrechtencomité naar aanleiding van individuele klachten kan worden afgeleid dat het Comité van de staat die een beroep doet op de opschortingsmogelijkheid van artikel 4 IVBPR verlangt dat op afdoende wijze feiten en omstandigheden worden aangedragen waaruit kan blijken dat de door die staat getroffen noodmaatregelen daadwerkelijk zijn ingegeven door een ‘public emergency’ in de zin van dit artikel. Deze eis heeft consequenties voor de informatie die bij wijze van verweer in een

In de jaren '80 brachten diverse staten (o.m. Libanon, Iran en Syrië) naar voren dat juist de noodomstandigheden in hun land in de weg stonden aan het verstrekken van goede informatie of het indienen van een statenrapport. Het Comité reageerde hierop door te benadrukken dat het IVBPR bedoeld was om zowel onder gewone als onder buitengewone omstandigheden toegepast te worden en dat juist onder buitengewone omstandigheden de rapportageverplichting van extra belang is (VN Doc. A/36/40, § 39). Zie ook Oraá 1992, p. 50, Svensson-McCarthy 1998, p. 217 en VN Doc. CCPR/C/SR. 443 (1983), p. 5. Het Mensenrechtencomité refereerde hier ook aan in zijn *General Comment* No. 5 uit 1981, het eerste *General Comment* over art. 4 IVBPR (dat inmiddels is vervangen door *General Comment* No. 29 uit 2001).

152 Tot dusverre (april 2004) zijn bij het VN-Mensenrechtencomité geen statenklachten ex artikel 41 IVBPR ingediend.

153 McGoldrick 1994, p. 305. Zie over de afwijzende opvatting van het Mensenrechtencomité ten aanzien van de margin of appreciation ook § 4.7.3 *supra*.

individuele klachtprocedure door de betreffende staat moet worden verstrekt, maar ook voor de inhoud van de opschortingsnotificatie ex artikel 4, derde lid, IVBPR.¹⁵⁴

Illustratief zijn enkele zaken tegen Uruguay. In de zaak *Torres Ramirez/Uruguay* uit 1980 overweegt het Comité:

‘The Human Rights committee has considered whether any acts and treatment, which are prima facie not in conformity with the Covenant, could for any reason be justified under the Covenant in the circumstances. The Government has referred to provisions of Uruguayan law, including the Prompt Security Measures. However, the Covenant (article 4) does not allow national measures derogating from its provisions except in strictly defined circumstances, *and the Government has not made any submissions of fact or law to justify such derogation* [cursivering JPL].’¹⁵⁵

In de zaak *Landinella Silva/Uruguay* uit 1981 is het Comité nog explicieter over de bewijslast die rust op de verdragspartij die gebruik maakt van artikel 4. In deze zaak gaat het onder meer om het feit dat de Uruguyaanse regering de verplichtingen onder artikel 25 IVBPR (het kiesrecht en het recht op politieke participatie) heeft opgeschort en diverse (oppositionele) politieke partijen heeft verboden. Uruguay stelt in de procedure simpelweg dat het kiesrecht en het recht op politieke participatie van artikel 25 IVBPR niet tot de *notstandsfeite* rechten behoren, zodat hem niets in de weg staat om deze rechten op te schorten.¹⁵⁶ Het Comité reageert dan als volgt:

‘[T]he Government of Uruguay has made reference to an emergency situation in the country which was legally acknowledged in a number of “Institutional Acts”. However, no factual details were given at that time. The note confined itself to stating that the existence of the emergency situation was “a matter of universal knowledge”; no attempt was made to indicate the nature and the scope of the derogations actually resorted to with regard to the rights guaranteed by the Covenant, or to show that such derogations were strictly necessary.

Although the sovereign right of a State party to declare a state of emergency is not questioned, yet, (...) *the State party concerned is duty-bound to give a sufficiently detailed account of the relevant facts when it invokes article 4(1) of the Covenant in proceedings under the Optional Protocol*. It is the function of the Human Rights Committee, acting under the Optional Protocol, to see to it that States parties live up to their commitments under the Covenant. In order to discharge this function and to assess whether a situation of the kind described in article 4(1) of the Covenant exists in the country concerned, it needs *full and comprehensive information*. If the respondent Government does not furnish the required justification itself, as

154 Dit laatste wordt besproken in § 9.1.2.2 *infra*.

155 VN-Mensenrechtencomité 23 juli 1980, comm.no. 4/1977 (*Torres Ramirez/Uruguay*), VN Doc. CCPR/C/10/D/4/1977, § 17.

156 VN-Mensenrechtencomité 8 april 1981, comm.no. 34/1978 (*Landinella Silva/Uruguay*), VN Doc. CCPR/C/12/D/34/1978, § 6.

it is required to do under article 4(2) of the Optional Protocol and article 4(3) of the Covenant, the Human Rights Committee cannot conclude that valid reasons exist to legitimize a departure from the normal legal régime prescribed by the Covenant [cursivering JPL].¹⁵⁷

Deze passage maakt zeer duidelijk dat op de staat die gebruik wenst te maken van de opschortingsmogelijkheid van artikel 4 IVBPR een verplichting rust om informatie over relevante feiten te verstrekken en dat het Comité die verplichting koppelt aan het (goed) functioneren van het toezichtmechanisme onder het Optioneel Protocol.¹⁵⁸ Het Comité stelt gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid weliswaar niet strikt afhankelijk van volledige naleving door de betreffende staat van alle details van de notificatieverplichting van artikel 4, derde lid, IVBPR. Indien een staat in het kader van een klachtprocedure onder het Facultatief Protocol echter een beroep doet op de opschortingsmogelijkheid, dan moet die staat het Comité voorzien van precieze en specifieke informatie met betrekking tot de aanwezigheid van een 'public emergency which threatens the life of the nation', zodat het Comité zich hierover een goed oordeel kan vormen. Ghandhi en diverse andere auteurs leiden hieruit af dat het Mensenrechtencomité het beginsel van 'objective reviewability' hanteert of toch ten minste de idee van het laten van een ruime beoordelingsmarge aan de nationale autoriteiten ten aanzien van de vraag naar de aanwezigheid van een 'public emergency' afwijst.¹⁵⁹ Daarentegen merkt Svensson-McCarthy op dat de frase waarin het Comité wijst op 'the sovereign right of a State party to declare a state of emergency' ook zou kunnen worden uitgelegd als een indicatie van een ontbrekende of slechts marginale internationale toets, hetgeen zij overigens als een onzalige gedachte van de hand wijst:

'The Committee (...) used the rather inadvertent terminology "sovereign right" of the State Parties to denote the conditional right under Art. 4(1) to declare a public emergency. To say that states have a "sovereign" right to declare a public emergency conveys the belief that they have a basically supreme or exclusive right to do so without being limited by international legal obligations. However, in strictly legal terms, this is manifestly not the case, at least not in so far as a declared state of emergency implies derogation from international human rights law. To this important extent, the right to declare a public emergency is not sovereign but

157 *Idem*, § 8.1 en 8.2.

158 Zie voor een vergelijkbare passage: VN-Mensenrechtencomité 24 maart 1982, comm.no. 64/1979 (Salgar de Montejo/Colombia), VN Doc. CCPR/C/15/D/64/1979, § 10.3.

159 Ghandhi 1989, p. 342: 'This is, in effect, an objective review by the Committee as to whether or not the criteria delineated in art. 4 (1) have been met. It is worth remarking that where the government fails to justify a derogation itself by a failure to provide the facts, the Committee has stated that it cannot assume that valid reasons justifying derogation actually exist.' Zie ook McGoldrick 1994, p. 313, Fitzpatrick 1994(a), p. 98 en Marks 1995, p. 76.

carefully circumscribed both by Art. 4 of the Covenant as well as by other pertinent rules of international law.¹⁶⁰

Met betrekking tot de vraag naar de ernst van de noodsituatie waarvan sprake moet zijn, wil deze binnen het bereik van artikel 4 komen, valt uit de activiteiten van het Mensenrechtencomité (en andere VN-organen) af te leiden dat lokale of regionale problemen zoals arbeidsonrust en stakingsacties geen rechtvaardiging kunnen vormen voor het uitroepen van een landelijke staat van beleg, zoals eind jaren '70 en begin jaren '80 geschiedde in Chili¹⁶¹ en Colombia en enkele jaren later in Bolivia. Bij de bespreking van de statenrapportages van de betreffende landen lieten diverse leden van het Comité weten ernstig te betwijfelen of het opschorten van bepaalde mensenrechten vanwege dergelijke omstandigheden of op grond van 'vage' gronden als 'latent subversion' in overeenstemming was met de strikte vereisten van artikel 4 IVBPR.¹⁶²

Een aanzienlijk aantal van de door het Mensenrechtencomité behandelde individuele klachten met betrekking tot artikel 4 IVBPR heeft betrekking op schending van *notstands*feste rechten. Zo staat in de zaak *Suarez de Guerrero/Colombia*¹⁶³ het recht op leven centraal. Deze zaak heeft te maken met een presidentiële noodverordening van 20 januari 1978, uitgevaardigd onder de in 1976 uitgeroepen staat van beleg, getiteld 'Introducing measures for the restoration of public order'. Op grond van deze noodverordening kregen politie en veiligheidstroepen zeer vergaande bevoegdheden in het kader van de terrorismebestrijding. Zo was de toepassing van dodelijk geweld niet strafbaar indien dit geschiedde 'by members of the police force in the course of operations planned with the object of preventing and curbing the offences of extortion and kidnapping.'¹⁶⁴ Dit leidde tot de vrijspreek van een aantal politiefunctionarissen die betrokken waren bij het doodschieten van zeven (naar later bleek: onschuldige) verdachten van de ontvoering van een ambassadeur. Het Comité neemt in ogenschouw dat Colombia in 1980 een opschortingsnotificatie heeft afgegeven aan de Secretaris-Generaal van de VN,¹⁶⁵ maar gaat niet in

160 Svensson-McCarthy 1998, p. 235.

161 In 1979 werd in de Chileense provincie El Loa (opnieuw) de staat van beleg uitgeroepen in reactie op de zogenaamde 'lunch box campaign' van de mijnwerkers in de kopermijnen (een protestactie waarbij de mijnwerkers weigerden te eten in de door het mijnbouwbedrijf gerunde cafetaria's). Zie het rapport van de Ad Hoc Working Group on the Situation of Human Rights in Chile, VN Doc. E/CN.4/1310 (1979), p. 66. In 1976 werd in Colombia de staat van beleg uitgeroepen vanwege stakingsacties bij de 'Social Security Service'. Deze staat van beleg werd diverse malen aangepast en gewijzigd en bleef uiteindelijk gelden tot in 1982. Zie ICJ-study 1983, p. 48.

162 Zie Walkate 1982, p. 137-141.

163 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1982, comm.no. 45/1979 (*Suarez de Guerrero/Colombia*), VN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979.

164 *Idem*, § 1.5.

165 *Idem*, § 12.2.

op de vraag of in Colombia sprake was of is van een 'public emergency' in de zin van artikel 4 IVBPR. Aangezien het in het geding zijnde grondrecht sowieso notstandsfest is, is daar ook geen reden toe: de eventuele aanwezigheid van een 'public emergency' maakt voor de bescherming van dit recht niets uit. Het Comité concludeert dat de verdachten op willekeurige wijze van het leven beroofd zijn en dat '[i]nasmuch as the police action was made justifiable as a matter of Colombian law by Legislative Decree No. 0070 of 20 January 1978, the right to life was not adequately protected by the law of Colombia as required by article 6 (1)'.

In veel klachtprocedures tegen Latijns-Amerikaanse staten die verband houden met de in die landen uitgeroepen noodtoestanden besteedt het Comité om dezelfde reden geen aandacht aan het bedreigingscriterium.¹⁶⁶ Voorzover de klachten betrekking hebben op rechten die niet *notstandsfest* zijn, komt het comité ook niet toe aan een nadere beoordeling van het bedreigingscriterium, omdat de klachten betrekking hebben op situaties waarin de staat in het geheel geen opschortingsnotificatie had afgegeven of wel een opschortingsnotificatie had afgegeven, maar niet met betrekking tot de in het geding zijnde IVBPR-rechten (zie hierover nader in § 9.1.3 *infra*).¹⁶⁷

7.1.5.3 Beoordeling in abstracto

In de tweede plaats brengt de bespreking van de statenrapporten met zich dat de opschortingsmogelijkheid van artikel 4 IVBPR aan de orde komt zonder directe relatie met een concrete casus waarin bepaalde mensenrechten van individuen zijn opgeschort. De gebruikmaking van de opschortingsmogelijkheid door de betreffende verdragsstaat wordt daardoor meer *in abstracto* beoordeeld, de aandacht gaat vooral uit naar de ruimte die de nationale

¹⁶⁶ VN-Mensenrechtencomité 26 oktober 1979, comm.no. 9/1977 (Salcullo Valcade/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/8/D/9/1977, § 6-7; VN-Mensenrechtencomité 23 juli 1980, comm.no. 4/1977 (Torres Ramirez/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/10/D/4/1977, § 17; VN-Mensenrechtencomité 29 juli 1980, comm.no. 6/1977 (Millan Sequeira/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/10/D/6/1977, § 14; VN-Mensenrechtencomité 29 oktober 1980, comm.no. 28/1978 (Weinberger Weisz/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/11/D/28/1978, § 14; VN-Mensenrechtencomité 27 maart 1981, comm.no. 33/1978 (Buffo Carballal/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/12/D/33/1978, § 12; VN-Mensenrechtencomité 27 maart 1981, comm.no. 44/1979 (Pietraroia/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/12/D/44/1979, § 14; VN-Mensenrechtencomité 27 maart 1981, comm.no. 37/1978 (Soriano de Bouton/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/12/D/37/1978, § 12; VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1981, comm.no. 32/1978 (Touron/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/12/D/32/1978, § 10; VN-Mensenrechtencomité 29 juli 1981, comm.no. 52/1979 (Saldias de Lopez/Uruguay), VN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, § 11.6.

¹⁶⁷ Zie VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1982, comm.no. 45/1979 (Suarez de Guerrero/Colombia), VN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, § 12.2. Hier merkt het Comité op dat de Colombiaanse opschortingsnotificatie betrekking had op art. 19 lid 2 en 21 IVBPR en niet op de in die zaak ingeroepen art. 6 en 7. Zie o.m. ook VN-Mensenrechtencomité 27 juli 1982, comm.no. 46/1979 (Fals Borda/Colombia), VN Doc. CCPR/C/16/D/46/1979, § 13.2. In deze zaak was geklaagd over schending van art. 9 en 14 IVBPR.

regelgeving biedt voor het uitroepen van een noodtoestand en het inwerkstellen van wetgeving die afwijkt van het IVBPR.¹⁶⁸ Het Comité benadrukt daarbij dat de opschortingsmogelijkheid is gereserveerd voor zeer exceptionele gevallen en omstandigheden. Diverse malen spreekt het Comité zijn zorgen uit over (1) het feit dat noodtoestanden worden uitgeroepen en grondrechten opgeschort op grond van een situatie die niet als zodanig ernstig kan worden aangemerkt dat zij een gevaar oplevert voor het voortbestaan van de natie of (2) de constatering dat de nationale wetgeving aan een dergelijke opschorting niet in de weg zou staan.

Bij de bespreking van het in 1981 ingediende Chileense rapport merken diverse leden van het Mensenrechtencomité op dat de Chileense regering (sinds haar opschortingsnotificatie uit 1976) 'without any objective justification' volhardt in de toepassing van 'measures intended for exceptional conditions of internal unrest'.¹⁶⁹ Als in 1985 opnieuw een Chileense rapportage besproken wordt door het Comité, geeft de meerderheid van de leden aan dat de op dat moment in Chili van kracht zijnde noodtoestand niet gerechtvaardigd is onder artikel 4 IVBPR. Diverse leden van het Comité stellen dat 'what was called an emergency in Chile had nothing to do with what was intended by the same term in article 4'.¹⁷⁰ Ook in recenter jaren uit het Comité zich nog herhaaldelijk over deze problemen. In zijn commentaar op de rapportage door Colombia merkt het Comité in 1997 op:

'The Committee (...) expresses its concern that the resort to declarations of states of emergency is still frequent and seldom in conformity with article 4, paragraph 1, of the Covenant, which provides that such declaration may be made only when the life and existence of the nation is threatened.'¹⁷¹

Met betrekking tot het rapport van Libanon geeft het Comité in datzelfde jaar aan:

'[T]he Committee notes with concern that the circumstances under which a state of emergency may be proclaimed and enforced (...) are excessively broad and may be used to restrict the exercise of basic rights in an unjustifiable manner.'¹⁷²

168 Svensson-McCarthy 1998, p. 219-226, met talloze bronverwijzingen.

169 *Report of the Human Rights Committee 1981*, VN Doc. A/34/40 (1981), § 78. Vgl. ook Walkate 1982, p. 137-138.

170 *Report of the Human Rights Committee 1985*, VN Doc. A/39/40 (1985), § 83. Zie ook CCPR/C/SR. 356 (m.b.t. rapport van Uruguay), § 226. Verdere voorbeelden van opmerkingen van gelijke strekking uit deze periode zijn te vinden bij Svensson-McCarthy 1998, p. 219-221.

171 VN Doc. CCPR/C/79/Add.76 (1997), § 25.

172 VN Doc. CCPR/C/79/Add.78 (1997), § 10. Vergelijkbaar is VN Doc. CCPR/C/79/Add.42 (1995), § 9: 'The Committee deplores the lack of clarity of the legal provisions governing the introduction and administration of the state of emergency (...) which would permit derogations contravening the State party's obligations under article 4, paragraph 2, of the Covenant.' Zie o.m. ook de commentaren en *Concluding Observations* t.a.v. de volgende

7.1.5.4 Tijdelijkheid van de uitgeroepen noodtoestand

Een derde punt met betrekking tot het bedreigingscriterium dat duidelijk wordt uit de activiteiten van het VN-Mensenrechtencomité is de noodzakelijke tijdelijkheid van een wettelijk regime waaronder bepaalde grondrechten zijn opgeschort. Herhaaldelijk bekritiseert het Comité langdurig voortbestaande noodtoestanden waarin bepaalde rechten zijn opgeschort. Bij de bespreking van de eerste statenrapportage ingediend door de regering van Uruguay, in 1982, gaan diverse leden van het Comité de discussie met de Uruguayaanse delegatie aan over de duur van diverse maatregelen die een opschorting van IVBPR-rechten inhouden. Door Uruguay zijn onder meer het recht op deelname aan het openbaar bestuur en het kiesrecht (artikel 25 IVBPR) opgeschort en gevraagd wordt op welke termijn er weer algemene verkiezingen te verwachten zijn.¹⁷³ In zijn *Concluding Observations* ten aanzien van de Egyptische rapportage in 2002 stelt het de in dat land reeds meer dan twintig jaar voortdurende noodtoestand aan de kaak:

‘The Committee is disturbed by the fact that the state of emergency proclaimed (...) in 1981 is still in effect, meaning that the State party has been in a semi-permanent state of emergency ever since. The State party should consider reviewing the need to maintain the state of emergency.’¹⁷⁴

Reeds in 1982 signaleerde Questiaux ‘the institution, with or without proclamation, of states of emergency which are perpetuated either as a result of the *de facto* systematic extension or because the Constitution has not provided any time-limit *a priori*’. Bovendien constateerde zij in sommige landen een ‘institutionalization of emergency regimes’: na een crisissituatie die heeft gezorgd voor een verstoring van de constitutionele ordening en een periode waarin ‘the exception tends to become the rule’ vestigt zich een nieuw regime en wordt de staatsstructuur zodanig aangepast dat deze ‘incipient autocratic tendencies’ gaat bevatten.¹⁷⁵ Juist op dit soort situaties of ontwikkelingen

staten: Tanzania, VN Doc. CCPR/C/79/Add.12 (1992), § 7; de Dominicaanse Republiek, CCPR/C/79/Add.18 (1993), § 4; het Verenigd Koninkrijk, CCPR/C/79/Add.55 (1995), § 23; Peru, CCPR/C/79/Add.67 (1996), § 11; Bolivia, CCPR/C/79/Add.74 (1997), § 14; Uruguay, CCPR/C/79/Add.90 (1998), § 8; Israël, CCPR/C/79/Add.93 (1998), § 11.

173 VN Doc. CCPR/C/SR.357 (1982), § 19. Zie ook Walkate 1982, p. 141 en Fitzpatrick 1994(a), p. 87-91. Vgl. ook de bespreking van de eerste Chileense statenrapportage in 1979. Ook hierbij werd door diverse leden van het Comité indrigend gediscussieerd met de Chileense delegatie over de tijdelijkheid van de getroffen noodmaatregelen en werd de vrees uitgesproken dat maatregelen ‘intended to be limited in space and time (...) had been transformed into institutional restrictions in force throughout the country for an indefinite period’ (VN Doc. A/38/40 (1983), § 78).

174 VN Doc. CCPR/CO/76/EGY (2002), § 6. Vgl. ook VN Doc. CCPR/C/SR. 356, p. 2; A/37/40 (1982), § 270; CCPR/C/79/Add.93 (1998), § 11 en CCPR/CO/71/SYR (2001), § 6.

175 Questiaux 1982, § 112 en 129-131.

lijkt het VN-Mensenrechtencomité extra alert te zijn en de discussie met de vertegenwoordigers van de betreffende staat aan te gaan. Ook nadat een dictatoriaal bewind is vervangen door een democratische regering, blijft het Comité doorvragen over de regels die de nieuwe regering hanteert met betrekking tot het uitroepen van noodtoestanden; dit om te zien of deze regels daadwerkelijk verschillen ten opzichte van de dictatoriale periode.¹⁷⁶

Interessant op dit punt is ook de behandeling door het Comité van de vierde rapportage door het Verenigd Koninkrijk in juli 1995.¹⁷⁷ Op dat moment is er in het Verenigd Koninkrijk sprake van een 'significant decline in terrorist violence (...) since the cease-fire came into effect in Northern Ireland'. In het licht daarvan roept het Comité de Britse regering op 'to keep under the closest review whether a situation of "public emergency" within the terms of article 4, paragraph 1, (...) still exists and whether it would be appropriate for the United Kingdom to withdraw the notice of derogation which it issued on 17 May 1976' en beveelt het aan om binnen het kader van een vredesregeling voor Noord-Ierland verdere concrete stappen te nemen ter intrekking van de betreffende opschorting 'and to dismantle the apparatus of laws infringing civil liberties which were designed for periods of emergency'.¹⁷⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat het Comité kennelijk neigt tot de opvatting dat op dat moment in het Verenigd Koninkrijk geen sprake meer is van een 'public emergency' in de zin van artikel 4 IVBPR.

7.1.5.5 Conclusies en afrondende opmerkingen

Niettegenstaande de aanknopingspunten die uit de activiteiten van het Mensenrechtencomité kunnen worden afgeleid met betrekking tot de inhoud van het bedreigingscriterium, heeft het Comité tot dusverre geen exacte definitie van dit criterium geformuleerd (zoals aan het begin van deze paragraaf reeds werd opgemerkt). Dit heeft te maken met het karakter van de toezichtprocedures, het feit dat vele van de op grond van het Facultatief Protocol aangebrachte individuele klachten betrekking hadden op *notstands*feste rechten (zodat een diepgravende analyse door de betreffende staat aangevoerde noodsituatie achterwege kon blijven), maar ook met verdeeldheid onder de leden van het Comité over de rol die het Comité zou moeten spelen ten aanzien van staten die een noodtoestand hebben uitgeroepen en afwijken van de verdragsverplichtingen. Deze verdeeldheid deed zich vooral voor in de periode van de koude

¹⁷⁶ Svensson-McCarthy 1998, p. 220.

¹⁷⁷ Reeds vanaf de eerste statenrapportage die de Britse regering aan het Comité voorlegde heeft het Comité zich m.b.t. de op Noord-Ierland gerichte noodwetgeving die een opschorting van diverse IVBPR-rechten met zich bracht geconcentreerd op de vraag of de crisis in Noord-Ierland dusdanig was dat deze noodmaatregelen met een gelding voor het hele VK rechtvaardigde en uitvoerige informatie geëist over de noodzaak van en rechtvaardiging voor elke afzonderlijke noodmaatregel. Zie Walkate 1982, p. 136-137.

¹⁷⁸ *Report of the Human Rights Committee 1995*, VN Doc. A/50/40 (1995), § 429-430.

oorlog, waarbij met name de Comitéleden uit het Oostblok betoogden dat het Comité zich niet dusdanig indringend met de nationale soevereiniteit van de verdragsstaten zou moeten bemoeien.¹⁷⁹

Mede hierdoor heeft het Comité in zijn *Guidelines* voor de vorm en inhoud van de door de staten in te dienen rapportages geen speciale aandacht besteed aan de gewenste informatie indien een verdragsstaat een noodtoestand heeft uitgeroepen en een beroep doet op artikel 4 IVBPR. Deze lacune in de richtlijnen heeft op haar beurt weer bijgedragen aan het tekortschieten van de informatie die door verdragsstaten op dit punt werd verstrekt in de statenrapportages. In *General Comment No. 5* dat in 1981 werd uitgebracht signaleerde het Comité wel de gebrekkige informatieverstrekking, maar werden geen maatstaven geformuleerd die een betere informatieverstrekking zouden kunnen bewerkstelligen.¹⁸⁰ Diverse auteurs hebben in de loop van de jaren '90 het Mensenrechtencomité dan ook opgeroepen om een nieuw *General Comment* op te stellen over artikel 4 IVBPR, waarin het meer zou kunnen duidelijk maken over zijn 'understanding of the content of article 4 and the applicable principles and limitations concerning its application'.¹⁸¹

In 2001 is dit *General Comment* tot stand gekomen. Ook dit *General Comment No. 29* bevat echter geen scherpe maatstaven ten aanzien van de ernst van een noodsituatie. Het Comité stelt weliswaar: 'Measures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature' en '[n]ot every disturbance or catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation, as required by article 4, paragraph 1'.¹⁸² Veel preciezer wordt het echter niet. Het Comité omschrijft niet de karakteristieken waaraan een noodsituatie moet voldoen wil deze binnen het bereik van artikel 4, eerste lid, komen. Wel verwijst het naar andere regelstelsels die enig nader houvast kunnen bieden:

'During armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and article 5, paragraph 1, of the Covenant, to prevent the abuse of a State's emergency powers. The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation. If States parties

179 Vgl. Svensson-McCarthy 1998, p. 238.

180 McGoldrick 1994, p. 314-315.

181 McGoldrick 1994, p. 315. Zie o.m. ook Svensson-McCarthy 1998, p. 238. Ook Speciaal VN-rapporteur inzake noodtoestanden Despouy heeft diverse malen aangedrongen op een nieuw *General Comment* over artikel 4 IVBPR, maar dan vooral vanwege ontwikkelingen op het terrein van de niet-opschortbare rechten, bijv. in zijn achtste jaarrapportage (VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20, § 31): 'it would be appropriate for the Commission to draw the attention of the Human Rights Committee to the importance and value of a new general comment by the Committee on article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights, paragraph 2 of which concerns non-derogable rights.'

182 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 2 en 3.

consider invoking article 4 in other situations than an armed conflict, they should carefully consider the justification and why such a measure is necessary and legitimate in the circumstances.¹⁸³

Kernpunt is echter natuurlijk onder welke omstandigheden 'the life of the nation' nu precies in gevaar kan worden geacht en daarover biedt het *General Comment* geen nadere duidelijkheid. In het licht van de vele suggesties die het Mensenrechtencomité op dit punt in de jaren '80 en '90 zijn aangereikt door NGO's en conferenties van deskundigen – onder meer de *Siracusa Principles* (opgesteld onder auspiciën van de International Commission of Jurists), de *Paris Minimum Standards on Human Rights Norms during States of Emergency* en de *Queensland Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights during States of Emergency* (beide opgesteld door de International Law Association) – kan dit als een gemiste kans worden aangemerkt.¹⁸⁴

Het zou met name interessant zijn geweest van het Comité een reactie te krijgen op de opvatting zoals neergelegd in *Siracusa Principle 39*, waarin het bedreigingscriterium wordt uitgewerkt conform de lijnen zoals neergezet in de Straatsburgse jurisprudentie, maar daaraan nog een extra element wordt toegevoegd. Volgens *Siracusa Principle 39* is voor een 'threat to the life of the nation' niet voldoende dat 'the organized life of the community' wordt be-

183 *Idem*, § 3.

184 In de *Siracusa Principles* zijn drie bepalingen gewijd aan de nadere karakterisering van een 'public emergency which threatens the life of the nation':

'39. A state party may take measures derogating from its obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights pursuant to Article 4 (hereinafter called "derogation measures") only when faced with a situation of exceptional and actual or imminent danger which threatens the life of the nation. A threat to the life of the nation is one that:

affects the whole population and either the whole or part of the territory of the state, and threatens the physical integrity of the population, the political independence or territorial integrity of the State or the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant.

40. Internal conflict and unrest that do not constitute a grave and imminent threat to the life of the nation cannot justify derogations under Article 4.

41. Economic difficulties per se cannot justify derogation measures.'

De *Paris Minimum Standards* bevatten in *section A* twee relevante bepalingen:

'1.(b) The expression "public emergency" means an exceptional situation of crisis or public danger, actual or imminent, which affects the whole population or the whole population of the area to which the declaration applies and constitutes a threat to the organized life of the community of which the state is composed.

4. The declaration of a state of emergency may cover the entire territory of the state or any part thereof, depending upon the areas actually affected by the circumstances motivating the declaration. This will not prevent the extension of emergency measures to other parts of the country whenever necessary nor the exclusion of those parts where such circumstances no longer prevail.

De *Queensland Guidelines* stellen in artikel 9:

'Treaty implementing bodies with authority to issue general interpretations or advisory opinions under the treaty should make creative and effective use of this authority to inform the states parties of their obligations under the derogation clauses.'

dreigd, maar dient sprake te zijn van een bedreiging van 'the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant'. O'Donnell verklaart deze aanscherping ten opzichte van de Straatsburgse jurisprudentie als volgt:

'This change also reflects the belief that certain events which might be considered threats to "the organized life of the community," such as major strikes or natural disasters, normally can be responded to adequately by restrictions on freedom of movement, expression, association, and assembly which are permitted by the limitation clause. They, therefore, do not constitute true threats to the life of the nation.

Because not all social or public institutions are of critical importance to the life of the nation, and given that some interference or obstruction of the operation of public institutions should be expected and tolerated in democratic societies, the wording "existence or basic functioning of institutions *indispensable* for the protection" of fundamental rights is employed in order to emphasize that only the most serious disturbances of the public order qualify as threats to the life of the nation.¹⁸⁵

In deze benadering wordt sterk benadrukt dat opschorting van de mensenrechten alleen is toegestaan indien dit geschiedt ter bescherming van de mensenrechten zelf of althans ter bescherming van het staatsapparaat voorzover dat ten dienste staat aan de waarborging van die rechten voor de hele gemeenschap.¹⁸⁶ Juist op dit punt verdient de internationale jurisprudentie over het bedreigingscriterium nadere verduidelijking.

Hoewel door enkele auteurs, waaronder Questiaux, in het verleden betoogd is dat natuurrampen geen aanleiding zouden mogen vormen tot het treffen van grondrechtenopschortende maatregelen, kan uit *General Comment No. 29* worden afgeleid dat het Mensenrechtencomité dit niet geheel lijkt uit te sluiten. Wel merkt het Comité daarbij op dat in dergelijke omstandigheden de normale beperkingsmogelijkheden van rechten als de vergadervrijheid of de verplaatsingsvrijheid doorgaans voldoende ruimte bieden om maatregelen te treffen ter bestrijding van de crisissituatie, zodat opschorting van die rechten niet aan de orde zou hoeven te zijn.¹⁸⁷

185 O'Donnell 1985, p. 24.

186 Deze benadering sluit dan ook heel goed aan bij de theoretische uitgangspunten zoals geformuleerd in § 2.5.10 en 2.6 *supra*.

187 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 5: 'If States purport to invoke the right to derogate from the Covenant during, for instance, a natural catastrophe, a mass demonstration including instances of violence, or a major industrial accident, they must be able to justify not only that such a situation constitutes a threat to the life of the nation, but also that all their measures derogating from the Covenant are strictly required by the exigencies of the situation. In the opinion of the Committee, the possibility of restricting certain Covenant rights under the terms of, for instance, freedom of movement (article 12) or freedom of assembly (article 21) is generally sufficient during such situations and no

7.2 OFFICIËLE AFKONDIGING VAN DE NOODTOESTAND

7.2.1 Doel

De tweede hier te bespreken voorwaarde waaraan voldaan moet zijn, wil een staat bepaalde grondrechten kunnen opschorten, wordt alleen genoemd in artikel 4, eerste lid, IVBPR en niet in één van de andere mensenrechtenverdragen.¹⁸⁸

Het gaat om het formele vereiste dat de noodtoestand officieel afgekondigd moet zijn. Dit houdt in dat de noodtoestand moet worden uitgeroepen en openbaar gemaakt op de wijze als voorzien in de nationale regelgeving. Questiaux vat de gedachte achter deze voorwaarde als volgt samen: 'The idea seems to have been to reduce the number of *de facto* emergency situations by encouraging the States parties to respect a certain formality of procedure in municipal law.'¹⁸⁹ Ik denk dat daaraan moet worden toegevoegd dat het gaat om het informeren van de bevolking over het bestaan van een noodtoestand en de aard van het als gevolg daarvan geldende wettelijke regime. De eis van officiële proclamatie kan dan ook worden gezien als spiegelbeeld van de algemene eis zoals die geldt bij beperking van mensenrechten, namelijk dat de beperking bij wet voorzien dient te zijn.¹⁹⁰

Daes merkt op dat het vereiste van formele afkondiging ook dient ter voorkoming van willekeurige opschorting van mensenrechten;¹⁹¹ het dwingt de regering die bepaalde rechten wil opschorten tot openheid en openbaarheid en die openbaarheid kan op zijn beurt weer dienen tot een publiek debat over de gerechtvaardigdheid van de opschorting of tot de inschakeling van andere controlemechanismen op nationaal niveau.¹⁹²

derogation from the provisions in question would be justified by the exigencies of the situation.'

188 De *travaux préparatoires* van zowel EVRM als AVRVM bevatten geen enkele indicatie van de redenen voor het ontbreken van deze voorwaarde in deze verdragen. Zie Oraá 1992, p. 37.

189 Questiaux 1982, § 43. Oraá 1992, p. 35: '[T]his obligation for States to "officially proclaim" the state of emergency according to municipal law tries to suppress the so-called *de facto* states of emergency; in other words, those states of emergency which have not been officially proclaimed by the State, but in fact restrict *de facto* the human rights of the population.'

190 Joseph, Schultz & Castan 2000, p. 630. Vgl ook Daes 1980: 'In most countries a public emergency could be declared only under conditions defined by law, and that guarantee would be lost unless a requirement of public proclamation was maintained.'

191 Daes 1980, p. 192, § 44. Zie ook VN Doc. A/2929, p. 67, § 41.

192 ICJ-Study 1983, p. 432; Hartman 1985, p. 99.

7.2.2 Totstandkomingsgeschiedenis

Het opnemen van de voorwaarde van officiële proclamatie van de grondrechtenopschortende noodtoestand in artikel 4 IVBPR is terug te voeren op een voorstel van de Franse delegatie aan de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens in 1950,¹⁹³ in een relatief laat stadium van het opstellen van de concept-verdragstekst derhalve. Tijdens de behandeling van het IVBPR-ontwerp in het Derde Comité van de Algemene Vergadering diende Mexico een amendement in met de strekking, de woorden '*officially proclaimed*' te vervangen door '*legally proclaimed*'.¹⁹⁴ Volgens de Mexicaanse afgevaardigde bood de eerste formulering te weinig garanties tegen misbruik, aangezien '*everything done by the public authorities was done officially, even if done at the behest of tyrannical government which had usurped power*'.¹⁹⁵ Volgens het voorstel moest de wijze van proclamatie getoetst worden aan de daarvoor geldende nationale (meestal constitutioneel vastgelegde) procedure. Het amendement ontmoette echter veel kritiek; met name werd aangevoerd dat het heel moeilijk zou zijn voor andere staten om aan te voeren dat een bepaald bewind in strijd zou handelen met zijn eigen (constitutionele) recht: wanneer is een bepaald optreden legaal? De Italiaanse afgevaardigde Capotorti vroeg zich in dit verband af '*whether any officially performed act could be called illegal, because even if the act was performed by a government which had seized power illegally, it was difficult for other states to pass on that Government's status*'.¹⁹⁶ Een door een staatsgreep aan de macht gekomen bewind kan immers het parlement ontbinden, het constitutionele recht omvormen en zo zijn eigen 'legaliteit' voor het uitroepen van een noodtoestand creëren. De Jamaicaanse afgezant bracht echter naar voren dat interpretatie van de verdragsbepalingen uiteraard altijd te goeder trouw dient te geschieden, zodat het verschil tussen '*officially proclaimed*' en '*legally proclaimed*' niet heel wezenlijk zou hoeven te zijn.¹⁹⁷

Uiteindelijk werd het Mexicaanse amendement ingetrokken, hoewel de meeste delegaties de motivering van het voorstel, het zoveel mogelijk inbouwen van garanties tegen misbruik, deelden. De conclusie mag zijn dat bij de opstelling van het IVBPR de afgevaardigden het erover eens waren dat de noodtoestand op wettige wijze behoort te worden afgekondigd, volgens de in het nationale recht voorziene procedure:

'Thus it seems that the main purpose of the drafters of the Covenant was to oblige States to comply with municipal systems, which usually contain clear regulations

193 VN Doc. E/CN.4/365 (1950), p. 20.

194 Zie VN Doc. A/C.3/SR.1261 (1963), p. 255.

195 *Ibidem*.

196 VN Doc. A/5655 (1963), § 48 en 50.

197 Bossuyt 1987, p. 88.

on the declaration of the emergency. Some of these regulations refer to substantive elements: for instance, that the state of emergency cannot be declared except in exceptional cases which involve a great danger to the State; and some regulations refer to procedural requirements (normally the consent of the Parliament is needed if the emergency has been declared by the executive).¹⁹⁸

Wat echter precies de consequenties zouden moeten zijn indien een bepaald bewind toch op illegale wijze een noodtoestand zou uitroepen werd tijdens de totstandkomingsonderhandelingen niet geheel duidelijk.

7.2.3 Internationale controle

Met betrekking tot de controle door de internationale toezichthoudende organen op naleving van het vereiste van officiële afkondiging merkt Oraá op dat het onwenselijk is dat 'an international body' zich gaat mengen in 'the question of the status of a government under its municipal law' en uitvoerig gaat onderzoeken 'whether or not the declaration was lawful under municipal law'.¹⁹⁹ Hij geeft echter geen nadere argumenten voor deze stellingname.

Nu zijn de argumenten hiervoor op zich redelijk voor de hand liggend. Internationale toezichthoudende organen moeten zich bezig houden met de interpretatie en controle op de naleving van de internationale normen en de controle op de naleving van het nationale recht vooral laten aan de daarvoor bestemde nationale organen van de betreffende staat, die op dat terrein ook deskundiger moeten worden geacht. Desalniettemin hebben diverse internationale organen wel oordelen en opinies uitgesproken waarin staten werden bekritiseerd vanwege optreden in strijd met hun eigen constitutionele recht. Zo gaf de Ad-Hoc werkgroep van de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens inzake de mensenrechtensituatie in Chili in haar rapport (1979) aan dat het uitroepen van de noodtoestand en het als gevolg daarvan opschorten van diverse mensenrechten in Chili door het Pinochet-bewind was geschied op een wijze die strijdig was met de Chileense wetgeving terzake. Deze nationale wetgeving voorzag namelijk slechts in het uitroepen van een noodtoestand (a) in geval van een 'public disaster', waarbij bedoeld werd op een noodsituaties als gevolg van (natuur)rampen, en (b) voor een beperkt gebied, namelijk het betreffende rampgebied. Het uitroepen van de noodtoestand was in casu ingegeven door ongeregelde heden en oproer in de periode na de militaire staatsgreep en de werkgroep oordeelde dat het derhalve ontbrak aan 'any legal foundation with the rules in force in Chile'.²⁰⁰ In 1985 aanvaardde de VN-Subcommissie voor de Rechten van de Mens een resolutie, waarin Paraguay

198 Oraá 1992, p. 35.

199 Oraá 1992, p. 36.

200 VN Doc. A/34/583, p. 8; zie ook VN Doc E/CN.4/1362 (1980), p. 5, § 14.

werd bekritiseerd wegens de systematische verlenging van de noodtoestand, hetgeen volgens de Subcommissie in strijd was met de eigen constitutie van het land.²⁰¹ Meer in het algemeen geeft de jurisprudentie van het EHRM diverse voorbeelden te zien van zaken waarin een verdragsstaat veroordeeld werd vanwege een inbreuk op enig grondrecht die niet 'bij wet voorzien' en derhalve in strijd met het nationale recht was; zij het dat hierbij opgemerkt moet worden dat het EHRM op dit punt een marginale toetsing hanteert. Bekend in dit verband is de overweging uit het arrest *Winterwerp/Netherlands*:

'Whilst it is not normally the Court's task to review the observance of domestic law by the national authorities (see the *Ringeisen* judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 40, para. 97), it is otherwise in relation to matters where, as here, the Convention refers directly back to that law; for, in such matters, disregard of the domestic law entails breach of the Convention, with the consequence that the Court can and should exercise a certain power of review (...). However, the logic of the system of safeguard established by the Convention sets limits upon the scope of this review. It is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law, even in those fields where the Convention "incorporates" the rules of that law: the national authorities are, in the nature of things, particularly qualified to settle the issues arising in this connection.'²⁰²

Daar waar de internationale mensenrechtennormen refereren aan het nationale recht als maatstaf voor de rechtmatigheid van overheidsoptreden zijn er denk ik dan ook geen principiële redenen voor de internationale toezichthoudende organen om geheel buiten dergelijke kwesties te blijven, ook niet in de specifieke context van het uitroepen van een noodtoestand.

Het beeld dat uit de toezichtactiviteiten van het VN-Mensenrechtencomité naar voren komt geeft ook geen blijk van terughoudendheid aan de zijde van het Comité op dit punt. Bij de bespreking van statenrapportages laat het Comité regelmatig merken officiële afkondiging van een noodtoestand die opschorting van diverse grondrechten tot gevolg heeft als een essentiële voorwaarde te beschouwen. Een voorbeeld is de volgende overweging:

'The Committee observes that, although a state of emergency has not been proclaimed in areas in conflict, the population has been subjected to derogations from its rights corresponding to a state of emergency, such as control points impeding freedom of movement. All necessary derogations from the rights guaranteed by the Covenant must comply with the conditions laid down in article 4 of the Covenant.'²⁰³

201 VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/57, p. 92: 'Observing that according to the Constitution of Paraguay a state of siege may only be declared for a limited period; Considering that the systematic renewal of the state of siege every three months, since 1954, seems to be at variance with this provision.'

202 EHRM 24 oktober 1979, *Series A* vol. 33 (*Winterwerp/Netherlands*), § 46.

203 VN Doc. CCPR/C/79/Add.109 (1999), § 12.

In *General Comment No. 29* koppelt het Mensenrechtencomité het vereiste van officiële afkondiging nadrukkelijk aan legaliteit; de afkondiging van de noodtoestand moet geschieden conform de nationaal-rechtelijke bepalingen terzake:

‘The latter requirement is essential for the maintenance of the principles of legality and rule of law at times when they are most needed. When proclaiming a state of emergency with consequences that could entail derogation from any provision of the Covenant, States must act within their constitutional and other provisions of law that govern such proclamation and the exercise of emergency powers; it is the task of the Committee to monitor the laws in question with respect to whether they enable and secure compliance with article 4. In order that the Committee can perform its task, States parties to the Covenant should include in their reports submitted under article 40 sufficient and precise information about their law and practice in the field of emergency powers.’²⁰⁴

Daaruit blijkt dat de opvatting van het Comité geheel overeenstemt met de kennelijke bedoeling van de verdragsopstellers zoals die hierboven werd aangehaald. Bezien vanuit de doelstelling van artikel 4 IVBPR (en de opschortingsbepalingen in de andere mensenrechtenverdragen) – namelijk in de eerste plaats het beperken van de vrijheid van staten ten aanzien van het uitroepen van een noodtoestand en het opschorten van mensenrechtenbescherming en in de tweede plaats het voorzien in rechtszekerheid en rechtsbescherming voor de betrokken burgers – ligt het ook voor de hand om het nationale recht via de eis van officiële afkondiging te gebruiken als extra drempel. Immers, de procedure die in het nationale recht is voorzien voor de afkondiging van een noodtoestand is veelal ook gericht op een zorgvuldige besluitvorming en het tegengaan van misbruik.

7.2.4 EVRM

In het *Lawless*-arrest benadrukte het EHRM het onderscheid tussen het wel in artikel 15 EVRM opgenomen vereiste van internationale notificatie en het niet in dit artikel opgenomen vereiste van officiële afkondiging van een grondrechtenopschortende noodtoestand op nationaal niveau:

‘[T]he Convention does not contain any special provision to the effect that the Contracting State concerned must promulgate in its territory the notice of derogation addressed to the Secretary-General of the Council of Europe.’²⁰⁵

Daarbij zij opgemerkt dat ten tijde van de zaak *Lawless* het IVBPR nog niet was aanvaard door de Algemene Vergadering van de VN. Dit gebeurde pas in 1966.

204 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 2.

205 EHRM 1 juli 1961, *Series A* vol. 3 (*Lawless/Ireland*), § 47.

Toen in 1976 het IVBPR ook in werking was getreden oordeelde de ECieRM in de zaak *Cyprus/Turkey* (No. 1), zonder overigens naar de inwerkingtreding van dit verdrag te verwijzen,²⁰⁶ dat ook artikel 15 EVRM 'some formal and public act of derogation, such as a declaration of martial law or state of emergency' vergt.²⁰⁷ De ECieRM maakte daarbij duidelijk dat 'where no such act has been proclaimed by the High Contracting Party concerned, although it was not in the circumstances prevented from doing so, Art. 15 cannot apply'.²⁰⁸ Dit oordeel van de ECieRM lijkt er op te wijzen dat als sanctie op het niet-formeel afkondigen van de noodtoestand aan de betreffende verdragsstaat de mogelijkheid ontnomen wordt een beroep te doen op artikel 15. Terecht merkt Oraá (in 1992) op dat het echter niet geheel duidelijk is of de Straatsburgse organen zo'n scherp standpunt beogen:

'At first sight, it seems as if the Commission considers that, even under the European Convention, a public proclamation, whatever its form, is an essential requisite in order to rely on article 15. However, the question is whether the emphasis of the European Commission on this requirement is the same as that of the drafters of the UN Covenant: in other words, if the Commission considers it to be essential under the Convention that the proclamation of emergency should be made according to all the conditions of municipal law, or if the emphasis of the Commission is on the publicity aspect of the requirement (to make everyone aware of the fact that there exists a situation of emergency and the need of derogation from normal standards).'²⁰⁹

Oraá meent dat het laatste waarschijnlijk het geval is. Hij leidt dit onder meer af uit de *dissenting opinion* van Commissielid Sperduti bij het rapport in de zaak *Cyprus/Turkey*. Deze stelt namelijk dat hij het met de meerderheid van de Commissie eens is dat openbaarmaking van de noodtoestand op enigerlei wijze noodzakelijk is om lijn te blijven met het EVRM, maar meent dat het niet nodig is dat deze publieke bekendmaking geschiedt kort voor de inwerkingtreding van de grondrechtenopschortende noodmaatregelen. Hij wijst erop dat in het nationale en internationale recht regelingen voorkomen (bijvoorbeeld met betrekking tot bezette gebieden) die het mogelijk maken dat een speciaal rechtsregime wordt toegepast zodra de omstandigheden dit noodzakelijk maken (zoals de Vierde Geneefse Conventie) en meent dat in dergelijke situaties niet uit artikel 15 EVRM een aanvullende eis van nadere bekendmaking van een speciaal rechtsregime afgeleid zou moeten worden.

Hoewel deze redenering niet in alle opzichten even duidelijk en overtuigend is, moet worden geconstateerd dat uit de Straatsburgse jurisprudentie sinds 1992 inmiddels is gebleken dat het accent wat betreft het vereiste van

206 Vgl. Hartman 1981, p. 18.

207 ECieRM 10 juli 1976 (rapport), appl.nos 6780/74 en 6950/75 (*Cyprus/Turkey*), § 527.

208 *Ibidem*.

209 Oraá 1992, p. 37.

officiële afkondiging inderdaad ligt bij de publieke bekendmaking. In het arrest *Brannigan and McBride/United Kingdom* uit 1993 komt de eis van officiële afkondiging van een grondrechtenopschortende noodtoestand namelijk expliciet aan de orde in het kader van de wel in de tekst van artikel 15 EVRM opgenomen voorwaarde dat de door de staat getroffen noodmaatregelen niet in strijd mogen komen met andere internationale verplichtingen van de betreffende staat (zie hierover § 8.5 *infra*). Het EHRM geeft dan aan dat de mededeling van de Britse Minister van Binnenlandse Zaken in het Lagerhuis, waarin hij heeft aangegeven dat de regering de Raad van Europa in kennis heeft gesteld opnieuw gebruik te maken van de opschortingsmogelijkheid van artikel 15 EVRM om maatregelen van verlengde administratieve detentie te kunnen continueren in verband met de crisissituatie in Noord-Ierland, 'was formal in character and made public the Government's intentions as regards derogation', zodat deze in overeenstemming was 'with the notion of an official proclamation'.²¹⁰ Het EHRM kijkt dus niet naar specifieke nationale regels met betrekking tot de afkondiging van een grondrechtenopschortende noodtoestand, maar let er vooral op of er op enigerlei wijze een publieke bekendmaking van die rechtstoestand heeft plaatsgevonden.

7.2.5 Welk staatsorgaan is bevoegd tot officiële afkondiging van een noodtoestand?

Zoals in de bovenstaande paragrafen duidelijk werd, geeft het vereiste van officiële afkondiging van een grondrechtenopschortende noodtoestand geenszins aan welk staatsorgaan bevoegd is tot deze handeling.²¹¹ Vanuit het perspectief van de mensenrechtenverdragen als geheel en puttend uit de gemeenschappelijke nationale constitutionele tradities op dit punt zijn door diverse auteurs en NGO's hierover echter wel standpunten ingenomen.

Daes poneert dat in het licht van het IVBPR en het IVESCR als totaal en van de bedoeling van artikel 4 IVBPR, het uitroepen van een noodtoestand door militaire autoriteiten of door de rechterlijke macht moet worden afgewezen. Het overlaten van een dergelijke beslissing aan militaire autoriteiten zou te zeer op gespannen voet staan met de noodzakelijke democratische legitimatie ervan en een inbreuk opleveren op de *rule of law* van de betreffende beslissing. Nergens wordt in de nationale rechtsstelsels het uitroepen van een noodtoestand opgedragen aan rechtsprekende organen, aangezien deze organen niet

210 EHRM 22 april 1993, *Series A* vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK), § 72.

211 Vgl. Daes 1980, p. 193, § 62: 'The wording of the requirement of official proclamation is vague enough to condone in advance a proclamation of public emergency issues by the legislative or the executive authority, a military officer or anyone else.'

in de positie verkeren om een goed overzicht te hebben van de noodsituatie.²¹² Daarom:

‘It must be assumed that a declaration of public emergency is a matter for the political organs of the State, which are in a position to make the appropriate assessment of facts fully known to them alone in the light of their general policy and of the overall state of national security or the dimensions of an extraordinary peril.’²¹³

Van de ‘politieke organen’ van de staat is de wetgever of althans de volksvertegenwoordiging dan de eerst aangewezen instantie om de beslissing tot het afkondigen van een noodtoestand te nemen. Deze moet dat dan kunnen doen via een eenvoudige en snelle besluitvormingsprocedure (en niet volgens het normale, doorgaans langdurige, wetgevingstraject).²¹⁴ Organisaties als de *International Commission of Jurists* en de *International Law Association* benadrukken dat met het oog op de duidelijkheid en rechtszekerheid deze besluitvormingsprocedure tevoren in nationale wetgeving moet zijn vastgelegd.²¹⁵ Ook de gedurende een noodtoestand te treffen noodmaatregelen die een opschorting van bepaalde mensenrechten met zich brengen moeten bij voorkeur tevoren in nationale wetgeving zijn aangeduid en gereguleerd.²¹⁶

Speciaal VN-rapporteur inzake noodtoestanden en mensenrechten Despouy heeft zich hier bij aangesloten. In een bijlage bij zijn jaarrapport uit 1991 zijn ontwerp-*guidelines for the development of legislation on states of emergency* opgenomen. Deze ontwerp-*guidelines* zijn het resultaat van een op zijn initiatief in maart 1991 te Genève belegde conferentie van mensenrechtenskundigen.²¹⁷ Het eerste (algemene) beginsel van deze *guidelines* luidt:

‘No state of emergency should be declared or renewed except in conformity with the Constitution, obligations arising under international law and legislation concerning states of emergency and their consequences. Legislation concerning states of emergency should be adopted, incorporating the relevant international standards

212 Daes 1980, p. 193, § 63-65.

213 *Idem*, § 66.

214 *Idem*, § 67; Oraá 1992, p. 39.

215 Zie o.m. *Siracusa Principle* 43: ‘Procedures under national law for the proclamation of a state of emergency shall be prescribed in advance of the emergency.’ In de ICJ Study 1983, p. 459, wordt een voorkeur uitgesproken om de besluitvorming over het instellen van een noodtoestand door de volksvertegenwoordiging te laten plaatsvinden met een versterkte meerderheid.

216 Zie de Paris Minimum Standards, Section (B), art. 4: ‘(a) All emergency measures in derogation of the rights of individuals shall be supported by the authority of law as enacted by the duly elected representatives of the people. (b) As far as practicable, norms to be applied during an emergency shall be formulated when no emergency exists.’

217 De organisatie van de conferentie was in handen van de Association of International Consultants on Human Rights (CID) en de ontwerp-*guidelines* werden geredigeerd door D. O'Donnell. Zie VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28, p. 28-29.

into the national law and carefully defining the extent to which the constitutional order may be altered during an emergency situation. It should govern any type of emergency or state of exception which might arise or be declared.²¹⁸

Deze ontwerp-*guidelines* wijzen in beginsel ook de wetgevende macht aan als de meest geëigende instantie om een uitzonderingstoestand uit te roepen, aangezien:

‘[t]he legislature is the branch of government which has primary responsibility for enacting the laws which govern the functioning of society, including those which define the rights and prerogatives of the persons, institutions and collective bodies which make up the society. In addition, it is usually considered the most representative branch of government, being elected directly, in many countries, and having the responsibility of representing the views and interests of the various regions or sectors of society in establishing policy, while the executive is responsible for directing the apparatus of government.’²¹⁹

Indien een plotselinge noodsituatie noodzaakt tot dusdanig snel optreden dat het bijeenkomen van de wetgever of volksvertegenwoordiging niet kan worden afgewacht, moet het uitroepen van een noodtoestand door de uitvoerende macht aanvaard worden, mits het besluit van de uitvoerende macht zo spoedig mogelijk ter bekrachtiging wordt voorgelegd aan de wetgever of volksvertegenwoordiging.²²⁰ Punt 4 van de ontwerp-*guidelines* stelt dat met het oog hierop de nationale wetgeving waarborgen moet bevatten om samenkomst van de wetgevende macht te garanderen:

‘(b) If the national legislature or other constitutionally established organ of control is in session when a state of emergency is declared, the legislation should provide that it should proceed to consider the legality and necessity of the declaration and necessity of the measures authorized in the declaration immediately and that, if it is not in session, the declaration of emergency should be considered as convocation of an emergency session for such purpose.

218 VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28, p. 30.

219 *Idem*, p. 34.

220 Zie de Paris Minimum Standards, Section (A), art. 2: ‘The constitution of every state shall define the procedure for declaring a state of emergency; whenever the executive authority is competent to declare a state of emergency, such official declaration shall always be subject to confirmation by the legislature, within the shortest possible time.’ Zie ook Oraá 1992, p. 39, Daes 1980, p. 194, § 69 en 71 en de ontwerp-*guidelines* for the development of legislation on states of emergency. In deze *guidelines* wordt het uitroepen van een uitzonderingstoestand door de uitvoerende macht als een onvermijdelijkheid gezien vanwege de spoed die doorgaans verest zal zijn. Punt 4 van de *guidelines* heeft dan betrekking op bekrachtiging door de wetgever van een door de uitvoerende macht uitgeroepen uitzonderingstoestand: ‘(a) The legislation should provide that a declaration of emergency which is not ratified by the national legislature, or other constitutionally established organ of control, within a brief period established by law.’

(c) The legislation should grant members of the national legislature, or other body responsible for control of the legality of the declaration of emergency, immunity from any measures taken pursuant to the declaration of emergency which might prevent or restrict their participation in proceedings mentioned in paragraph (b).²²¹

De achtergrond van deze waarborgen is vooral gelegen in de menigmaal voorkomende situatie dat een door een staatsgreep aan de macht gekomen (militair) regime een noodtoestand uitroept en tegelijk de volksvertegenwoordiging of de wetgevende macht ontbindt.²²² De waarde ervan is echter gering. Immers een door een staatsgreep – en dus op constitutionele wijze – aan de macht gekomen bewind zal zich doorgaans ook aan constitutionele regels en beletselen ten aanzien van het uitroepen van een noodtoestand weinig gelegen laten liggen. Het in strijd handelen met de constitutionele regels op dit punt vormt dan slechts de bevestiging van het toch al duidelijke constitutionele karakter van het regime.

Ook buiten de situatie van een staatsgreep is het echter voorstelbaar dat het bijeenkomen van de volksvertegenwoordiging feitelijk onmogelijk is, bijvoorbeeld door een grootschalige aanval door een vijandige mogendheid of door het onbereikbaar zijn van de vergaderplaats vanwege ernstige aardbevingen of iets dergelijks. Waarschijnlijk mede daarom ziet Daes ruimte voor situaties waarin in het geheel geen afkondiging van de noodtoestand plaatsvindt:

‘Some exceptions may result *ex necessitate*, “by the nature of things”. In these cases no proclamation of public emergency is made at all: the threat is so sudden that it is met without recourse to express legal powers. The measures taken may be ratified *a posteriori* by the legislative authority or condoned by judicial application of the concept of *force majeure*.’²²³

221 VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28, p. 34. Het feit dat in deze guideline ook verwezen wordt naar een ‘other constitutionally established organ of control’ is volgens het toelichtende commentaar gelegen in het gegeven dat in diverse staten ofwel geen afgescheiden wetgevende macht aanwezig is ofwel een andere functioneel van de wetgevende en uitvoerende macht gescheiden staatsinstantie is aangewezen (bijv. de Raad van State) om toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van dit soort beslissingen (p. 35). Het ruimte laten voor dergelijke controleconstructies op nationaal niveau doet dan m.i. wel in belangrijke mate afbreuk aan de hierboven aangegeven hoofdredenen om de beslissingsbevoegdheid (of bekrachtigingsbevoegdheid) juist bij de wetgever te leggen (directe democratische legitimatie en representativiteit).

222 Chowdhury 1989, p. 41-42 en 55-56. Zie hierover ook de ILA *Paris Minimum Standards*, Section A, art. 5: ‘The legislature shall not be dissolved during the period of emergency but shall continue to function; if dissolution of a particular legislature is warranted, it shall be replaced as soon as practicable by a legislature duly elected in accordance with the requirements of the constitution, which shall ensure that it is freely chosen and representative of the entire nation.’

223 Daes 1980, p. 194, § 69.

In § 3.4 *supra* heb ik aangegeven dat de wijze waarop het concept van *force majeure* is uitgewerkt in de ontwerp-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid van de ILC zodanig is dat dit concept geen grond kan vormen voor het opschorten van mensenrechten. Dat betekent echter niet dat dit concept geen grond kan vormen voor het afwijken van het formele vereiste van officiële afkondiging van de noodtoestand,²²⁴ zoals opgenomen in artikel 4 IVBPR. Op grond van *force majeure* afwijken van de meer materiële vereisten opgenomen in de opschortingsbepalingen van de mensenrechtenverdragen (zoals het bedreigingscriterium en het proportionaliteitsbeginsel) acht ik echter uitgesloten, dit zou er namelijk op neerkomen dat *force majeure* wél een grond wordt voor het opschorten van mensenrechten, buiten de gronden om die de mensenrechtenverdragen daarvoor zelf reeds bieden.

Bij de behandeling van de goedkeuringswet voor het IVBPR in het Nederlandse parlement merkte de regering op dat de officiële afkondiging zoals bedoeld in artikel 4 IVBPR is geregeld in de diverse wetten die voorzieningen geven voor omstandigheden van nood, met name de Wet BBBG en de Oorlogswet voor Nederland.²²⁵ Vandaag de dag is de afkondiging van een uitzonderingstoestand geregeld in de Coördinatiewet Uitzonderingstoestanden. Deze voorziet in afkondiging van een algemene noodtoestand (een noodtoestand waarbij ook bepaalde grondrechten kunnen worden opgeschort, zie § 2.4.2 *supra*) bij koninklijk besluit, op voordracht van de minister-president. Dit koninklijk besluit moet terstond aan de Staten-Generaal worden medegedeeld en worden gepubliceerd in het Staatsblad.²²⁶

7.2.6 Concluderende opmerkingen

Het vereiste dat opschorting van grondrechten slechts is toegestaan na officiële afkondiging van een noodtoestand houdt in dat deze noodtoestand moet worden uitgeroepen en openbaar gemaakt op de wijze zoals aangegeven in de nationale wetgeving terzake. Het vereiste is alleen opgenomen in de tekst van artikel 4, eerste lid, IVBPR en niet in artikel 15 EVRM.

De eis van officiële afkondiging dient vooral de rechtszekerheid, de rechtsbescherming van de burgers en de zorgvuldigheid van de besluitvorming. In *General Comment No. 29* is deze eis door het VN-Mensenrechtencomité aangemerkt als een essentieel element voor de implementatie van het legaliteitsbeginsel bij het treffen van noodmaatregelen in crisissituaties. Hoewel de eis van officiële afkondiging niet is opgenomen in de tekst van artikel 15 EVRM is door de ECieRM in haar rapport in de zaak *Cyprus/Turkey (No.1)* opgemerkt

224 Of van bekrachtiging door de wetgever of volksvertegenwoordiging van een door de uitvoerende macht afgekondigde noodtoestand.

225 *Kamerstukken II 1977, 13 932 (R1037)*, nr. 8, p. 12.

226 Zie art. 1 en 2 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

dat ook artikel 15 ‘some formal and public act of derogation’ vergt. In de latere jurisprudentie van het EHRM (arrest *Brannigan and McBride/United Kingdom*) lijkt het accent minder te liggen bij afkondiging strikt conform de nationale wetgeving terzake en lijkt het Hof meer te letten op het achterliggende doel van informatieverstrekking aan de bevolking.

Vanuit het perspectief van legaliteit en rechtszekerheid is de wetgevende macht de meest aangewezen staatsmacht om een beslissing te nemen over de afkondiging van een noodtoestand. De crisissituatie kan echter zodanig zijn dat het bijeenkomen van de wetgevende macht niet kan worden afgewacht. In dergelijke gevallen kan afkondiging door de uitvoerende macht worden aanvaard, mits deze zo spoedig mogelijk wordt bekrachtigd door de wetgever of volksvertegenwoordiging. Het is evenwel niet geheel uitgesloten dat in extreme crisissituaties zelfs niet aan dit vereiste voldaan kan worden, in dergelijke situaties kan met een beroep op *force majeure* eventueel van dit vereiste worden afgeweken.

