



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).

8 | Begrenzing van de opschortingsmogelijkheid

8.1 DE NIET-OPSCHORTBARE (*NOTSTANDSFESTE*) RECHTEN

8.1.1 Concept en karakter van de *notstandsfeste* rechten

Alle mensenrechtenverdragen die voorzien zijn van een specifiek artikel met betrekking tot noodtoestanden bevatten als onderdeel daarvan ook een speciale bepaling die een aantal rechten aanwijst als *notstandsfest*, oftewel: niet-opschortbaar. Bij de totstandkoming van die mensenrechtenverdragen werd de noodzaak van het aanwijzen van een aantal *notstandsfeste* rechten algemeen aanvaard en zelfs als een essentieel element van de opschortingsbepalingen aangemerkt.¹ Alvorens deze bepalingen nader te analyseren is het noodzakelijk om enkele opmerkingen te maken over het concept 'notstandsfest' en de strekking van de betreffende bepalingen en over het karakter van de betreffende rechten, mede in verband met de in de (internationale) literatuur en doctrine gehanteerde terminologie.

Allereerst dient te worden opgemerkt dat er in de betreffende verdragsbepalingen geen sprake is van niet-opschortbare rechten, maar van niet-opschortbare (verdrags)verplichtingen voor de verdragsstaten: van bepaalde verdragsverplichtingen mag een staat zelfs tijdens een noodtoestand niet afwijken. Desalniettemin worden de betreffende bepalingen in de literatuur veelvuldig aangeduid als bepalingen over niet-opschortbare *rechten*. Ik sluit mij daar in deze studie bij aan.

Ten tweede: het feit dat een bepaald recht als niet-opschortbaar wordt aangemerkt, betekent niet per definitie dat de uitoefening van dit recht niet kan worden ingeperkt of dat het betreffende recht op geen enkele andere wijze begrensd is. In de woorden van het VN-Mensenrechtencomité: 'Conceptually, the qualification of a Covenant provision as a non-derogable one does not mean that no limitations or restrictions would ever be justified.'² Ook bij de *notstandsfeste* rechten komt het voor dat de reikwijdte ervan begrensd is door de formulering van het recht of door de opname van een interpretatieclausule

1 Oraá 1992, p. 87 en 90; Svensson-McCarthy 1998 p. 391. In het eerste Britse voorstel voor een opschortingsbepaling in het IVBPR was echter nog geen opsomming van niet-opschortbare rechten opgenomen.

2 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 7.

in het betreffende verdragsartikel. Een voorbeeld hiervan is het verbod van slavernij en dwangarbeid van artikel 4 EVRM, waarin bepaalde vormen van gedwongen arbeid niet als dwangarbeid worden aangemerkt.³ Een ander voorbeeld is het tweede lid van artikel 2 EVRM, waarin bepaalde gevallen van levensberoving niet als strijdig met het recht op leven worden aangemerkt. Daarnaast zijn enkele rechten die als *notstandsfeest* worden aangemerkt voorzien van een beperkingsclausule die beperkingen van dit recht in normale omstandigheden, maar dus ook in noodsituaties, mogelijk maakt. Die beperking zal dan wel moeten voldoen aan alle gebruikelijke vereisten die voortvloeien uit de beperkingsclausule. Dat betekent dat de beperking (1) bij wet voorzien moet zijn, (2) zal moeten zijn ingegeven door een dringende maatschappelijke noodzaak en (3) in een redelijke verhouding zal moeten staan tot het doel waartoe de beperking dient.⁴ De *notstandsfeest* status van een bepaald recht dat voorzien is van een bijzondere beperkingsclausule betekent dan echter dat ook die beperkingsclausule *notstandsfeest* is. Daar waar de bijzondere beperkingsclausule bijvoorbeeld een limitatieve opsomming van beperkingsgronden bevat, kan een verdragsstaat *niet* met een beroep op de opschortingsbepaling deze limitatieve opsomming omzeilen en toch andere beperkingsgronden introduceren.⁵ Het VN-Mensenrechtencomité stelt in dit verband:

‘The reference in article 4, paragraph 2, to article 18, a provision that includes a specific clause on restrictions in its paragraph 3, demonstrates that the permissibility of restrictions is independent of the issue of derogability. Even in times of most serious public emergencies, States that interfere with the freedom to manifest one’s religion or belief must justify their actions by referring to the requirements specified in article 18, paragraph 3.’⁶

Het Comité voegt hier direct aan toe dat:

‘[o]n several occasions the Committee has expressed its concern about rights that are non-derogable according to article 4, paragraph 2, being either derogated from or under risk of derogation owing to inadequacies in the legal regime of the State party.’⁷

3 Zie hierover § 4.5 *supra*. Het IVBPR heeft in art. 6 lid 3(c) een vergelijkbare bepaling.

4 Zie hierover § 4.7 *supra*.

5 Buergenthal 1981, p. 84.

6 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment* No. 29, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 7. Zie over de niet-opschortbaarheid van artikel 18 IVBPR nader in § 8.1.5 *infra*.

7 *Ibidem*. Zie o.m. VN Doc. CCPR/CO/69/KGZ (2000), § 12: ‘The Committee is concerned that the Law on Public Emergency in the Kirgizian Republic does not specifically restrict the power of derogation from specific Covenant provisions, as stipulated in article 4 of the Covenant. The State party should take measures to bring its Law on Public Emergency into compliance with article 4 of the Covenant.’ VN Doc. CCPR/C/79/Add.90 (1998), § 8: ‘The Committee reiterates its concern over the constitutional provisions relating to the declaration of a state of emergency. In particular, the Committee notes that the grounds for declaring an emergency are too broad and that the range of rights which may be

In het verlengde hiervan meen ik dat het niet zo mag zijn dat een verdragsstaat (a) vanwege een gebrekkige vormgeving van beperkingen op de uitoefening van bepaalde rechten in het nationale recht of (b) louter vanwege een geconstateerd tekortschieten van het vereiste beschermingsniveau ten aanzien van bepaalde rechten in het nationale recht grijpt naar het middel van opschorting van de betreffende rechten.⁸

8.1.2 Overzicht van de *notstandsfeste* rechten

Met name bij de totstandkoming van het IVBPR is er discussie geweest over de vraag welke rechten nu precies in aanmerking zouden moeten komen voor een *notstandsfeste* status. De discussie betrof vooral het punt of alleen de meest fundamentele mensenrechten ('indispensable for the protection of the human being'⁹) *notstandsfest* zouden moeten zijn, of dat de reeks *notstandsfeste* rechten 'al rights unlikely to present proper occasion for emergency suspension' zou moeten omvatten.¹⁰ Hartman leidt uit de *travaux préparatoires* af dat in artikel 4 IVBPR uiteindelijk is gekozen voor de eerste benadering (alleen de meest fundamentele rechten). In artikel 15 EVRM is dit echter nog veel duidelijker te herkennen.¹¹ De in het tweede lid van dit artikel opgenomen opsomming omvat slechts vier *notstandsfeste* rechten: het recht op leven, het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling, het verbod van slavernij en dwangarbeid en het verbod van strafbepalingen met terugwerkende kracht. Seiderman geeft door middel van diverse voorbeelden aan dat deze vier rechten 'decidedly are not of the variety of those whose suspension could never reasonable be called for in times of emergency':

'There may arise any number of situations wherein a state could rationalize, on pragmatic grounds, that the exigencies of a situation require a breach of these four 'fundamental rights'. Such opportunities might include the torture of a person in

derogated from does not conform with article 4 of the Covenant. Additionally, the Constitution fails to make reference to non-derogable rights. The Committee reiterates its observations (...), that the State party restrict its provisions relating to the possibilities of declaring a state of emergency, and constitutionally specify those Covenant rights which are non-derogable.' Vgl. ook VN Doc. CCPR/C/79/Add.35 (1994), § 6; CCPR/C/79/Add.54 (1995), § 27 en CCPR/C/79/Add.100 (1997), § 7.

8 Deze beide conclusies vloeien voort uit de hierboven geanalyseerde jurisprudentie over het bedreigingscriterium en de verderop in dit hoofdstuk te bespreken toets aan het proportionaliteitsvereiste.

9 Oraá 1992, p. 94.

10 Hartman 1981, p. 9. Zie ook VN Doc. A/2929, § 45 en Oraá 1992, p. 88-94.

11 Uit de *travaux préparatoires* van het EVRM blijkt nergens dat enige discussie heeft plaatsgevonden over de vraag welke rechten als *notstandsfest* zouden moeten worden aangemerkt. Het Britse tekstvoorstel voor artikel 15 lid 2 werd ongeamendeerd overgenomen. Zie Oraá 1992, p. 91.

order to coerce the divulgence of vital information relating to national security interests; the summary execution of political insurgents seen as a threat to the state; the enforced servitude of persons to elicit economic contributions to a war effort; and the criminalization of past conduct as a means to neutralize political opponents. While the commission of any such violations would constitute perverse conduct, it would not necessarily be an irrational means to meet a potentially legitimate goal.¹²

Het tweede lid van artikel 4 IVBPR noemt nog vier andere rechten, namelijk: het recht om als persoon erkend te worden voor de wet, het verbod van gevangenneming vanwege het niet-nakomen van een contractuele verplichting, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en (als species van het genus onmenselijke of vernederende behandeling) het verbod van medische experimenten zonder in vrijheid gegeven toestemming door de betrokkene. Vooral ten aanzien van de eerste twee rechten kan worden betwijfeld of deze nu niet-opschortbaar zijn vanwege hun onmisbaarheid voor de bescherming van het individu of toch juist meer omdat niet duidelijk is hoe opschorting ervan überhaupt relevant zou kunnen zijn vanwege noodomstandigheden die de staatsveiligheid bedreigen.¹³

Artikel 27 AVRVM bevat een nog weer omvangrijker opsomming van niet-opschortbare rechten, waaronder diverse rechten waarvan de opschorting in het kader van een noodtoestand niet echt voor de hand liggend lijkt, zoals het recht op een naam.¹⁴ Het onderstaande overzicht moge dit nader duidelijk maken.

Notstandsfeste rechten zoals opgesomd in de opschortingsbepalingen van de mensenrechtenverdragen

	EVRM (zie art. 15 lid 2)	IVBPR (zie art. 4 lid 2)	AVRVM (zie art. 27 lid 2)
Recht op leven	Art. 2	Art. 6	Art. 4
Verbod van foltering en onmenselijke behandeling of bestraffing	Art. 3	Art. 7	Art. 5
Verbod van slavernij en dwangarbeid	Art. 4 lid 1	Art. 8 lid 1 en 2	Art. 6

¹² Seiderman 2001, p. 78.

¹³ Het Comité van Experts van de Raad van Europa dat in 1970 een rapport publiceerde over mogelijke problemen die zouden kunnen rijzen vanwege het naast elkaar bestaan van het EVRM en het IVBPR merkte zowel ten aanzien van het recht om als persoon te worden erkend voor de wet als het verbod van gevangenneming vanwege het niet-nakomen van een contractuele verplichting op afwijking van deze rechten vanwege een noodtoestand 'most unlikely' te achten. Zie Council of Europe, *Problems Arising from the Coexistence of the UN Covenants on Human Rights and the European Convention*, Report of the Committee of Experts, Strasbourg, September 1970, p. 20-21, § 75(i) en (ii).

¹⁴ Zie ook Seiderman 2001, p. 77.

	EVRM (zie art. 15 lid 2)	IVBPR (zie art. 4 lid 2)	AVRM (zie art. 27 lid 2)
Verbod van strafwetgeving met terugwerkende kracht	Art. 7 lid 1	Art. 15 lid 1	Art. 9
Verbod op medische experimenten zonder toestemming		Art. 7	
Verbod van gevangenneming vanwege het niet-nakomen van een contractuele verplichting		Art. 11	
Recht om als persoon erkend te worden voor de wet		Art. 16	Art. 3
Vrijheid van geweten, gedachte en godsdienst		Art. 18	Art. 12
Kiesrecht en recht op deelname aan het openbaar bestuur			Art. 23
Recht om te huwen en een gezin te stichten			Art. 17
Recht op een naam			Art. 18
Recht van het kind op bescherming			Art. 19
Recht op een nationaliteit			Art. 20

Oraá merkt terecht op dat, behalve bij het EVRM, niet geheel duidelijk is welke van de bovengenoemde benaderingen de verdragsopstellers hebben gehanteerd ten aanzien van de opsomming van notstandsfeite rechten:

‘The UN Covenant and the American Convention seem to have applied both (...), but not consistently. It is true that both included the same “core” of fundamental rights as the European Convention, but even though their list is larger, the same criticism can be made: there is an absence of other equally fundamental rights. At the same time, some of the rights included are prima-facie not so fundamental, but were incorporated because they do not directly relate to emergencies and, therefore, States would have no reason to derogate from them.’¹⁵

15 Oraá 1992, p. 95. Zie ook Seiderman 2001, p. 77: ‘There is no great conundrum to be resolved in regard to this seeming lack of similitude among non-derogable rights. In reality, states have accorded to certain rights the imprimatur of non-derogability alternatively on the bases of two essentially unrelated lines of rationale. The first such basis concerns appraisal of the normative quality of a right, *i.e.*, the question as to whether the right is transcendentally compelling, important, or fundamental. In accepting a norm as non-derogable on such a basis, the state drafters have thereby evinced the view that no matter the nature of the state interest that may be implicated by dint of an emergency, respect for the subject right

In *General Comment No. 29* uit 2001 heeft het VN-Mensenrechtencomité expliciet aangegeven dat een deel van de in artikel 4 IVBPR opgesomde niet-opschortbare rechten deze status heeft vanwege het 'peremptory character' van deze rechten en een ander deel vanwege de feitelijke onnodigheid om deze rechten op te schorten in een noodsituatie:

'The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7). However, it is apparent that some other provisions of the Covenant were included in the list of non-derogable provisions because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency (e.g., articles 11 and 18).'¹⁶

Ten aanzien van die rechten waarvan opschorting in noodsituaties die de staatsveiligheid ernstig bedreigen in het geheel niet voor de hand liggend is, kan de toegevoegde waarde van opname in de reeks *notstandsfeste* rechten natuurlijk worden betwijfeld: als er geen logisch verband is tussen opschorting van een bepaald recht en bestrijding van een bepaalde crisis of opschorting van dit recht op geen enkele wijze een bijdrage kan leveren aan de bestrijding van die crisis, zal een rationeel handelende overheid ook niet grijpen naar noodmaatregelen die opschorting van dit recht inhouden. Het *notstandsfest* verklaren van rechten die in een noodtoestand toch niet in het gedrang zullen raken levert geen verbetering van de standaard van mensenrechtenbescherming in dergelijke situaties op.¹⁷ Op het onomwonden pleidooi van Speciaal VN-Rapporteur *Questiaux* om de meest uitvoerige reeks *notstandsfeste* rechten zoals opgesomd in artikel 27 AVRVM als internationale standaard te hanteren¹⁸ is dan ook het nodige af te dingen.¹⁹

Nu moeten hierbij wel enkele relativiserende opmerkingen worden gemaakt. Enkele rechten waarvan opschorting vanwege een staatsveiligheid bedreigende noodsituatie op het eerste gezicht niet 'logisch' lijkt, hebben soms toch een relatie met maatregelen die in het kader van de bescherming van de staats-

must take priority. Such a right trumps all other interests, including, at the extreme, that of preserving the very existence of the state. (...) States have settled on a second no less tenable premise upon which to designate a right non-derogable. In respect of certain rights, no reasonable basis could ever seriously be advanced for their curtailment. In other words, under any conceivable emergency situation envisaged, no restriction of any degree would be required by the 'exigencies of the situation.'

16 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 11.

17 Zo ook Seiderman 2001, p. 77-78.

18 *Questiaux* 1982, § 203, p. 45.

19 Hartman 1985, p. 112 raadt af om art. 4 IVBPR op dit punt te trachten te wijzigen, alleen al vanwege de ingewikkelde procedure die hiervoor nodig is (zie art. 51 IVBPR) en vanwege het feit dat de geamendeerde verdragstekst alleen bindend zal zijn voor staten die deze expliciet accepteren d.m.v. ratificatie.

veiligheid in crisissituaties getroffen kunnen worden. Zo was er bij de totstandkomingsonderhandelingen over het IVBPR discussie over een eventuele *notstandsfeite* status voor het recht om te huwen en een gezin te stichten (huidig artikel 23 IVBPR). Sommige delegaties beschouwden dit als een dusdanige niet aan het staatsbelang rakende privé-aangelegenheid dat overheidsingrijpen vanwege een noodtoestand simpelweg onvoorstelbaar was. Andere delegaties wezen er echter op dat het rechtstelsel van veel VN-lidstaten aan het huwelijk van een vreemdeling met een onderdaan van die lidstaat het automatisch verkrijgen van de nationaliteit van die lidstaat verbindt. Staten zouden dus reden kunnen hebben om in tijden van oorlog huwelijken tussen eigen onderdanen en onderdanen van een vijandige mogendheid te verbieden.²⁰ Het recht om te huwen werd in het IVBPR uiteindelijk niet opgenomen in de reeks *notstandsfeite* rechten. Artikel 27 AVRVM merkt dit echter weer wel als zodanig aan.²¹ Met betrekking tot het recht op een nationaliteit – *notstandsfeite* in het AVRVM, maar in het EVRM en IVBPR niet eens als grondrecht opgenomen – geldt op zich dat het bezit van de nationaliteit van een staat geen bedreiging van de veiligheid van die staat oplevert. In veel staten is de uitoefening van bepaalde constitutionele rechten echter voorbehouden aan inwoners met de nationaliteit van die staat en ‘deprivation of nationality has been used by governments as a means of depriving political opponents to the regime of all the rights and benefits to which nationality entitles them’.²² Dit geeft een *notstandsfeite*-verklaring van dit recht zoals in het AVRVM toch weer een bepaalde onderbouwing.²³ Verder is opname in de AVRVM-reeks *notstandsfeite* rechten van het kiesrecht en het recht op deelname aan het openbaar bestuur, bepaald weer wel als relevant aan te merken.²⁴ In § 7.1.2 *supra* gaf ik reeds aan dat door diverse auteurs betoogd wordt dat gebruikmaking van de opschortingsbepalingen in de mensenrechtenverdragen alleen als gerechtvaardigd beschouwd kan worden als dit gericht is op het zekerstellen van het goede functioneren van

20 VN Doc. A/5655, § 51.

21 Hartman 1985, p. 113, wijst erop dat in het kader van noodtoestanden zich ook nogal eens het fenomeen van zogenaamde ‘forced disappearances’ voordoet; niet alleen van volwassenen, maar ook van kinderen en zelfs baby’s, hetgeen zij aanmerkt als een inbreuk op de bescherming van het gezin (art. 17 AVRVM) en de bescherming van het kind (art. 19 AVRVM). In de jaren ’70 en ’80 deden gedwongen verdwijningen zich vooral voor in Latijns-Amerikaanse landen met dictatoriale regimes; zie o.m. het rapport van de Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances uit 1983, VN Doc. E/CN.4/1984/21, m.n. § 147-161. Uit het meest recente rapport van deze werkgroep (januari 2004) blijkt dat het probleem zich nu vooral in Colombia en diverse staten in Afrika en Azië voordoet (VN Doc. E/CN.4/2004/58).

22 Oraá 1992, p. 98.

23 Daar tegenover staat echter weer dat art. 20 lid 3 AVRVM slechts beschermt tegen ‘willekeurige’ ontneming van iemands nationaliteit, zodat een staat die gegronde redenen heeft om iemand zijn nationaliteit te ontnemen en zo bijvoorbeeld zijn toegang tot parlementsverkiezingen te blokkeren dit kan doen zonder het recht op een nationaliteit te hoeven opschorten. Zie Oraá 1992, p. 98 en Seiderman 2001, p. 80

24 Vgl. Hartman 1985, p. 112.

de democratische staatsinstellingen of het zo spoedig mogelijk herstellen van het goede functioneren daarvan. Opschorting van het kiesrecht en het recht op deelname aan het openbaar bestuur lijkt moeilijk te verenigen met dit uitgangspunt.²⁵

Met het hierboven gegeven overzicht van de *notstandsfeste* rechten zoals opgesomd in de opschortingsbepalingen is het beeld echter nog geenszins compleet. Op grond van artikel 4, derde lid, van het Zevende Protocol bij het EVRM is ook het *ne bis in idem*-beginsel aan te merken als een *notstandsfest* recht.²⁶ Een volledige afschaffing van de doodstraf in vredetijd vloeit voort uit het Zesde Protocol bij het EVRM en uit het Tweede Facultatieve Protocol bij het IVBPR. In beide Protocollen wordt afwijking van de bepalingen van het betreffende Protocol met een beroep op de opschortingsbepaling van EVRM respectievelijk IVBPR uitgesloten.²⁷ De afschaffing van de doodstraf geldt alleen voor vredetijd, want beide Protocollen laten ruimte aan de verdragstaten om in de nationale wetgeving bepalingen op te nemen die voorzien in oplegging van de doodstraf voor feiten, begaan in tijd van oorlog of onmiddellijke oorlogsdreiging.²⁸ In Europa is met de totstandkoming van het Dertiende Protocol bij het EVRM nog een verdere stap tot uitbanning van de doodstraf gezet. Oplegging en tenuitvoerlegging van de doodstraf is op grond van dit Protocol onder alle omstandigheden, dus ook in oorlogssituaties, verboden (artikel 1). Het derde artikel van dit Protocol bepaalt dat afwijking van de bepalingen van het Protocol op grond van artikel 15 EVRM niet is toegestaan.

Ook met deze aanvulling is het overzicht van de *notstandsfeste* rechten echter nog niet compleet. Naast de rechten die in de diverse verdragsteksten als *notstandsfest* worden aangemerkt, kan namelijk een groep 'afgeleid' of 'impliciet' *notstandsfeste* rechten worden onderscheiden. Dit zijn rechten die hun *notstandsfeste* status ontleen aan (a) hun essentiële belang voor de bescherming van of (b) hun zeer nauwe verbondenheid met de wel expliciet in de

25 Wat overigens niet wil zeggen dat bijvoorbeeld uitstel van geplande periodieke verkiezingen niet gerechtvaardigd kan zijn in geval van ernstige en grootschalige wanordelijkheden of een andersoortige noodsituatie. Uit de jurisprudentie onder het AVRM valt af te leiden dat – mits het uitstel niet langer duurt dan strikt noodzakelijk is – een dergelijke maatregel wel te verenigen is met de bescherming van het kiesrecht zoals voorzien in artikel 20 AVRM (zie Oraá 1991, p. 101). Klaarblijkelijk omdat dit dan als een beperking, maar niet als een opschorting van het kiesrecht wordt beschouwd.

26 Art. 4 Zevende Protocol luidt:

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

27 Art. 3 Zesde Protocol EVRM; art. 6 lid 2 Tweede Fac. Protocol IVBPR.

28 Art. 2 Zesde Protocol EVRM; art. 2 lid 1 Tweede Fac. Protocol IVBPR.

verdragstekst als *notstandsfest* aangeduide rechten. Een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van dergelijke 'afgeleid' *notstandsfeste* rechten is te vinden in artikel 27, tweede lid, AVR.M. Aan het eind van de in deze bepaling opgesomde reeks *notstandsfeste* rechten (verdragsartikelen) wordt aangegeven dat niet alleen die rechten zelf *notstandsfest* zijn, maar ook de 'judicial guarantees essential for the protection' van deze rechten. Ook in het kader van het IVBPR en het EVRM is echter het essentiële belang van juridisch-processuele waarborgen voor de bescherming van de *notstandsfeste* rechten aan de orde gesteld en is de niet-opschortbare status daarvan in zekere mate in jurisprudentie geaccepteerd. Naast de hierboven genoemde twee gronden voor het aannemen van een afgeleid of impliciet *notstandsfeste* status van bepaalde rechten kan een reden voor die status ook gelegen zijn in (c) de constitutieve systematiek van de mensenrechtenverdragen, (d) de status van bepaalde rechten als volkenrechtelijk gewoonterecht of *jus cogens* (waarbij deze status soms ook afgeleid kan worden uit het feit dat deze rechten op absolute wijze beschermd worden in andere (mensenrechten)verdragen die een vrijwel universele ratificatiegraad kennen) of in (e) het feit dat de betreffende rechten onder het internationale humanitaire recht zelfs worden beschermd in bepaalde oorlogssituaties (interne gewapende conflicten), zodat zij ook in minder ernstige crisissituaties gerespecteerd moeten kunnen worden.

Het bieden van een totaaloverzicht van de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de diverse toezichthoudende organen met betrekking tot alle *notstandsfeste* rechten botst in hoge mate met de noodzaak om de omvang van deze studie binnen redelijke perken te houden. Bovendien wordt in een minutieus overzicht van deze jurisprudentie tot 1997 reeds voorzien door de (dan ook zeer omvangrijke) studie van Svensson-McCarthy²⁹ en een groot aantal monografieën over specifieke *notstandsfeste* rechten. Uit die studies wordt duidelijk dat slechts een beperkt deel van die jurisprudentie te maken heeft met overheidsop treden ter bescherming van de staatsveiligheid. Ik concentreer mij in het vervolg van deze paragraaf daarom op die *notstandsfeste* rechten die bij overheidsop treden ter bescherming van de staatsveiligheid in het kader van de strijd tegen het internationaal terrorisme het sterkst onder druk plegen te komen staan, het recht op leven en het folterverbod, en dan vooral op de recentere ontwikkelingen rondom deze rechten. Daarnaast sta ik stil bij de afgeleid *notstandsfeste* status van juridisch-processuele waarborgen ter bescherming van de *notstandsfeste* rechten en bij diverse andere impliciet *notstandsfeste* rechten. Ten slotte ga ik kort in op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, onder meer om de verhouding tussen de niet-opschortbaarheid van dit recht en de beperkingsmogelijkheden op grond van de bijzondere beperkingsclausule nader te onderzoeken.

29 Svensson-McCarthy 1998, p. 392-447, 453-494 en 499-559.

8.1.3 Het recht op leven; verbod van oplegging en tenuitvoerlegging doodstraf

8.1.3.1 *Introductie, algemene aspecten en positieve verplichtingen*

In de voorgaande paragraaf werden de belangrijkste verdragsrechtelijke ontwikkelingen met betrekking tot het recht op leven en het verbod op de doodstraf van de laatste decennia reeds genoemd, namelijk de totstandkoming van het Tweede facultatieve Protocol bij het IVBPR (uitbanning van de doodstraf in vredetijd)³⁰ en het Dertiende Protocol bij het EVRM (uitbanning van de doodstraf ook in oorlogstijd). Gemeld werd reeds dat beide protocollen een bepaling bevatten die de verplichting tot uitbanning van de doodstraf niet-opschortbaar maken. Hieronder wordt vooral stilgestaan bij de bepalingen over de bescherming van het recht op leven, te weten artikel 6 IVBPR en artikel 2 EVRM. Aangezien beide bepalingen zijn opgenomen in de lijst van niet-opschortbare rechten in de opschortingsbepaling van IVBPR respectievelijk EVRM is duidelijk dat een opschortingsverklaring afgegeven door een verdragsstaat geen betrekking kan hebben op een van beide bepalingen.³¹

Desalniettemin is het voor een nadere doorgroning van de betekenis van de niet-opschortbaarheid van het recht op leven zoals beschermd door deze beide bepalingen noodzakelijk een beknopt overzicht te geven van de inhoud en reikwijdte van het recht op leven en van de consequenties die uit dit recht voortvloeien voor overheidsoptreden in crisissituaties die de staatsveiligheid ernstig bedreigen. Daarbij kan eventueel ook in beeld komen of de verdragsorganen het betreffende recht wellicht op een andere, minder ruimhartige, wijze interpreteren indien het wordt ingeroepen in een noodsituatie die het bestaan van de natie bedreigt. Ik vang dit overzicht aan met het wijzen op enkele algemene aspecten van de bescherming van het recht op leven.

Hoewel beide artikelen een gelijke strekking hebben verschilt de tekst van artikel 6 IVBPR en artikel 2 EVRM aanzienlijk. Artikel 6 IVBPR formuleert in het eerste lid het algemene beginsel dat '[e]very human being has the inherent right to life', dat dit recht 'shall be protected by law' en dat 'no one shall be arbitrarily deprived of his life' en wijdt vervolgens vijf leden aan bepalingen over de doodstraf.³² Tegenover het abstract geformuleerde verbod van wille-

30 Op 15 december 1989 vastgesteld door de Algemene Vergadering van de VN (resolutie 44/128), in werking getreden op 11 juli 1991.

31 Zo luidde het niet-weersproken standpunt van de Ierse regering in de zaak *Ireland/UK*, zie *Yearbook ECHR* 1972, p. 96.

32 Art. 6 IVBPR luidt:

1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant

keurige levensbeneming in artikel 6 EVRM staat een tamelijk gedetailleerde omschrijving van slechts drie gevallen (naast de doodstraf) waarin de toepassing van dodelijk geweld is toegestaan in artikel 2, tweede lid, EVRM.³³ Bij deze drie gevallen werd reeds stilgestaan in § 5.6.4.3 *supra*. Het VN-Mensenrechtencomité werkt het verbod van willekeurige levensbeneming wel zo uit dat nationale wetgeving 'must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life' door autoriteiten als politie of veiligheidstroepen.³⁴

Zowel voor artikel 6 IVBPR als voor artikel 2 EVRM geldt dat de niet-opshortbaarheid van de verplichting tot bescherming van het recht op leven keer op keer bevestigd wordt in de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM.³⁵ Zo concludeerde het VN-Mensenrechtencomité naar aanleiding van de bespreking van de vierde Russische statenrapportage in 1995 het volgende over de situatie in Tsjetsjenië:

'With reference to the specific situation in Chechnya, the Committee expresses concern that article 4 of the Covenant, which specifies the provisions that are non-derogable even in times of public emergency, has not been complied with. It maintains that this article is applicable to the situation in Chechnya, where the use of weapons by combatants has led to the loss of life and deprivation of freedom

and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.

3. When deprivation of life constitutes the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

4. Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.

5. Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women.

6. Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.

33 Artikel 2 EVRM luidt:

1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: in defence of any person from unlawful violence; in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

34 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 6* (uit 1982), opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), p. 127-128, § 3.

35 Zie o.m. VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 6*, § 1 en talloze van de EHRM-arresten waarnaar in het verdere verloop van deze paragraaf wordt verwezen.

of large numbers of persons, regardless of the fact that a state of emergency has not been formally declared.³⁶

Het VN-Mensenrechtencomité heeft twee *General Comments* uitgebracht over artikel 6 IVBPR. In het eerste van de twee, *General Comment No. 6* uit 1982, geeft het Comité aan dat het recht op leven ruim geïnterpreteerd moet worden en bijvoorbeeld ook positieve verplichtingen voor de verdragstaten omvat.³⁷ Zo acht het Comité het onder meer wenselijk dat de verdragstaten alle mogelijke maatregelen nemen 'to prevent and punish deprivation of life by criminal acts',³⁸ 'to prevent the disappearance of individuals'³⁹ en 'to reduce infant mortality and to increase life expectancy, especially in adopting measures to eliminate malnutrition and epidemics'⁴⁰ en rust volgens het Comité op de verdragstaten de verplichting om 'wars, acts of genocide and other acts of mass violence causing arbitrary loss of life' te voorkomen.⁴¹ In lijn met dit laatste gaf het Comité in *General Comment No. 14* uit 1984 (over kernwapens en het recht op leven) aan dat 'the designing, testing, manufacture, possession and deployment of nuclear weapons are among the greatest threats to the right to life which confront mankind today' en dat daarom '[t]he production, testing, possession, deployment and use of nuclear weapons should be prohibited and recognized as crimes against humanity'.⁴² In de zaak *Lantsov/Russia* achtte het Mensenrechtencomité de zorgplicht tot bescherming van het recht op leven geschonden in een geval waarin een gedetineerde was overleden aan een longontsteking, terwijl hij een maand in voorlopige hechtenis zat onder erbarmelijke omstandigheden en zonder medische behandeling.⁴³

36 VN Doc. CCPR/C/79/Add.54. (1995), § 27.

37 Vgl. *Siracusa Principle 59*: 'State parties to the Covenant, as part of their obligation to ensure the enjoyment of these rights to all persons within their jurisdiction (Art. 2(1)) and to adopt measures to secure an effective remedy for violations (Art. 2(3)), shall take special precautions in time of public emergency to ensure that neither official or semi-official groups engage in a practice of arbitrary and extra-judicial killings or involuntary disappearances, that persons in detention are protected against torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (...).'

38 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 6*, § 3.

39 *Idem*, § 3.

40 *Idem*, § 5.

41 *Idem*, § 2.

42 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 14*, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), p. 139, § 4 en 6. Tot dusverre werden individuele klachten over het bezit van kernwapens door bepaalde staten echter telkens niet-ontvankelijk verklaard, omdat de klagers volgens het Mensenrechtencomité niet voldeden aan het slachtoffervereiste. Zie VN-Mensenrechtencomité 8 april 1993, comm.no. 429/1990 (E.W. et al/The Netherlands), VN Doc. A/48/40, p. 198-204 en VN-Mensenrechtencomité 20 oktober 1990, comm.no. 646/1995 (Leonard John Lindon/Australia), VN Doc. A/54/40, p. 285-290. Het Comité achtte in beide gevallen geen 'imminent adverse effect' op het recht op leven van de klagers aanwezig.

43 VN-Mensenrechtencomité 26 maart 2002, comm.no. 763/1997 (Lantsov/Russia), VN Doc. CCPR/C/57/D/763/1997, m.n. § 9.2.

In hoofdstuk 5 van deze studie kwam reeds aan de orde dat in de EHRM-jurisprudentie ook positieve verplichtingen worden afgeleid uit het recht op leven. De zorgverplichting tot bescherming van het leven van allen die zich onder de jurisdictie van een verdragsstaat bevinden wordt door sommigen zelfs zodanig geïnterpreteerd dat de staat in het algemeen verplicht is tot het bieden van veiligheid aan de burgers: een positieve verplichting tot bescherming van de nationale veiligheid.⁴⁴ Deze ruimhartige interpretatie van de positieve verplichtingen ter bescherming van het recht op leven zijn vooral gebaseerd op jurisprudentie van het IAHRM. De EHRM-jurisprudentie is echter wat terughoudender.

In de zaak *Osman/United Kingdom* stelde het EHRM dat de staat een positieve verplichting heeft om preventieve maatregelen te nemen om het leven van burgers die door derden bedreigd worden te beschermen:

‘The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). It is common ground that the State’s obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted (...) that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual.’⁴⁵

De positieve verplichtingen hebben op dit punt echter slechts een beperkte omvang. Van de staat kan niet het onmogelijke worden verwacht, ook al omdat het EVRM de autoriteiten ook weer beperkt in hun bevoegdheden om strafbare feiten en verdachten op te sporen. Het EHRM oordeelde dat de staat pas dan niet aan zijn positieve verplichtingen heeft voldaan indien voldoende vastgesteld is

‘that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.’⁴⁶

In latere jurisprudentie lijkt het EHRM de zorgverplichting tot bescherming van het recht op leven iets ruimer te formuleren, in die zin dat het niet *per*

44 Zie § 5.8.2 *supra*.

45 EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D 1998-VIII (Osman/UK)*, § 115.

46 *Idem*, § 116.

se hoeft te gaan om bedreigde individuen, maar ook om de bescherming van bepaalde groepen van burgers.⁴⁷ Wel houdt het Hof vast aan het criterium dat sprake moet zijn van een reëel en aan de autoriteiten bekend gemaakt risico van een aanslag op het leven van één of meer personen.⁴⁸ Het EHRM formuleert dus niet een hele brede verplichting tot het bieden van veiligheid tegen bijvoorbeeld allerhande terroristische aanslagen. In artikel 2 ligt niet de positieve verplichting besloten om iedereen tegen elk strafbaar geweld te beschermen.⁴⁹ In het licht van de bovenstaande jurisprudentie kan worden gesteld dat een verdragsstaat alleen dan niet voldoet aan zijn positieve verplichting tot bescherming van het recht op leven, indien de autoriteiten weigeren in te grijpen bij een zich voltrekkende of onmiddellijk dreigende aanslag op een bepaalde persoon of een groep personen, terwijl effectief ingrijpen in de gegeven omstandigheden wel mogelijk zou zijn geweest. Warbrick concludeert dat het erg moeilijk zal zijn 'to show that the planning of the deployment of its forces by a State so contributed to a private killing [door bijvoorbeeld terroristen – JPL] that it would constitute a violation of Article 2.'⁵⁰

Opgemerkt moet worden dat er specifiek ten aanzien van gedetineerden wel een bijzondere zorgplicht voor de overheid is om te voorkomen dat hun recht op leven wordt geschonden door een gebrekkige toegang tot medische zorg⁵¹ of door medegedetineerden. Ook in de laatste situatie geldt echter dat de zorgplicht slechts geschonden kan worden geacht indien aan de autoriteiten bekend had moeten zijn dat een bepaalde medegedetineerde een reëel gevaar opleverde.⁵² Hetzelfde beginsel wordt gehanteerd met betrekking tot de zorgverplichting om te voorkomen dat een gedetineerde zelfmoord pleegt.⁵³

Een bijzonder geval waarin het EHRM de zorgplicht ten aanzien van het recht op leven voor gedetineerden geschonden acht doet zich voor in de zaak *Demiray/Turkey*. Een vermeende PKK-aanhanger/strijder is door Turkse veiligheidstroepen gearresteerd en wordt vastgehouden. Zijn familie krijgt bericht dat hij tijdens deze detentie om het leven is gekomen en zowel tijdens de gebrekkige onderzoeksprocedure die daarop volgt als tijdens de procedure voor het EHRM betogen de Turkse autoriteiten dat hij is omgekomen tijdens een bezoek onder politiebegeleiding aan een munitiedepot van de PKK, waar hij aanwijzingen zou geven over de exacte opslagplaatsen. De PKK zou vallen hebben geplaatst, waardoor de arrestant bij een explosie om het leven zou zijn gekomen. De politiebegeleiding bleef ongedeerd, omdat die op grote

47 EHRM 28 maart 2000, *RJ&D* 2000-III (Kiliç/Turkey), § 62; EHRM 10 oktober 2000, *RJ&D* 2000-X (Akkoc/Turkey).

48 EHRM 14 maart 2002, *RJ&D* 2002-III (Paul and Audrey Edwards/United Kingdom), § 55.

49 EHRM 24 oktober 2002, *RJ&D* 2002-VIII (Mastromatteo/Italy), § 69-79.

50 Warbrick 2002, p. 291.

51 EHRM 13 juni 2002, *RJ&D* 2002-IV (Anguelova/Bulgaria), § 125-131.

52 EHRM 24 maart 2002, *RJ&D* 2002-III (Paul and Audrey Edwards/United Kingdom), § 57 en 64.

53 EHRM 3 april 2001, *RJ&D* 2001-III (Keenan/UK), § 89-101.

afstand van het slachtoffer zou hebben gelopen. Het EHRM constateert dat het onmogelijk is de omstandigheden van het overlijden van arrestant met zekerheid vast te stellen, maar stelt dat de autoriteiten het gevaar van het bezoek aan de munitieopslagplaats in het toch al explosieve Zuid-Oost Turkije niet konden en mochten onderschatten. Aangezien de Turkse regering geen enkele nadere verklaring kan overleggen voor het merkwaardige feit dat de begeleidende politiebeambten zich op zo grote afstand van de arrestant bevonden meent het Hof dat ernstig getwijfeld kan worden of en in welke mate de staat beschermende maatregelen had getroffen ter reductie van het gevaar dat de arrestant in casu zou kunnen lopen en oordeelt het dat de staat tekortgeschoten is in het treffen van maatregelen ter bescherming van het leven van het individu, hetgeen leidt tot een schending van artikel 2 EVRM.⁵⁴ Enigszins generaliserend kan derhalve worden gesteld dat er ook een plicht voor de overheid is om gedetineerden buiten de gevangenis niet in een levensgevaarlijke situatie te brengen.

De voor deze studie meest relevante – want het meest aan overheidsop treden ter bescherming van de staatsveiligheid in crisissituaties gerelateerde – kwesties rondom het recht op leven betreffen het opleggen van de doodstraf, (excessief) geweldgebruik door politie of veiligheidstroepen, gevallen van willekeurige en buitengerechtelijke executies, onvrijwillige verdwijningen ('forced disappearances') en de positieve verplichting tot het verrichten van een zorgvuldig onderzoek en bieden van rechtsherstel in geval van een claim wegens schending van het recht op leven. Deze kwesties worden in de onderstaande paragrafen besproken.

8.1.3.2 Doodstraf

In diverse staten kent het strafrecht in tijden van oorlog of tijdens andere noodtoestanden ruimere mogelijkheden tot toepassing van de doodstraf. De IVBPR- en EVRM-jurisprudentie over de doodstraf betreft echter niet specifiek dergelijke crisissituaties.

Artikel 6 IVBPR dwingt niet tot afschaffing van de doodstraf, maar het VN-Mensenrechtencomité leidt er wel uit af dat de verdragsstaten 'are obliged to limit its use and, in particular, to abolish it for other than the "most serious crimes"'.⁵⁵ De uitdrukking 'most serious crimes' moet daarbij zo worden opgevat dat toepassing van de doodstraf slechts in zeer exceptionele gevallen is toegestaan.⁵⁶ Aangenomen mag worden dat bepaalde misdrijven tegen de staatsveiligheid, zoals aanslagen tegen het staatshoofd of de regering, landverraad en dergelijke of ernstige terroristische aanslagen als het kapen en doen verongelukken van vliegtuigen tot de categorie van meest ernstige misdrijven

54 EHRM 21 november 2000, *RJ&D 2000-XII* (Demiray/Turkey), § 13-17.

55 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 6*, § 6.

56 *Idem*, § 7.

gerekend kunnen worden. Het Mensenrechtencomité heeft echter nooit aangegeven welke (typen van) misdrijven het tot deze categorie rekent, uit de jurisprudentie van het Comité worden alleen gevallen duidelijk van misdrijven die het Comité niet ernstig genoeg acht.⁵⁷ De omstandigheden waaronder de doodstraf wordt voltrokken, dat wil zeggen de gehanteerde methode van levensbeëindiging en de detentieomstandigheden in de periode voorafgaand aan de voltrekking van het vonnis kunnen wel maken dat oplegging van de doodstraf in strijd komt met het folterverbod van artikel 7 IVBPR (zie hierover § 8.1.4.3 *infra*).

De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 2 EVRM gaf jarenlang een ideëtel beeld ten aanzien van de doodstraf. In het arrest *Soering/United Kingdom* uit 1989 gaf het EHRM aan dat artikel 2 EVRM op zich ruimte laat voor het opleggen van de doodstraf in geval van zeer ernstige misdrijven,⁵⁸ maar door bijkomende omstandigheden bij de voltrekking van deze straf kan een schending van het folterverbod van artikel 3 EVRM optreden.⁵⁹ Recentelijk lijkt daarin echter verandering te zijn opgetreden in die zin dat het EHRM de ruimte voor toepassing van de doodstraf in vreedstijd niet langer aanwezig acht. In het arrest *Öcalan/Turkey* uit maart 2003 komt het EHRM tot de volgende uitvoerige overwegingen over de verenigbaarheid van de doodstraf met het recht op leven:

‘[T]he Court observes that the legal position as regards the death penalty has undergone a considerable evolution since the *Soering* case was decided. The *de facto* abolition noted in that case in respect of twenty-two Contracting States in 1989

57 In VN-Mensenrechtencomité 31 oktober 1995, comm.no. 390/1990 (Bernard Lobuto/Zambia), VN Doc. CCPR/C/55/D/390/1990 oordeelde het Comité tot schending van art. 6 omdat het meende dat in deze zaak de doodstraf was opgelegd voor een misdrijf dat niet als zeer ernstig aan te merken viel, nl. diefstal onder bedreiging van een vuurwapen. In VN-Mensenrechtencomité 18 oktober 2000, comm.no. 806/1998 (Eversly Thompson/St. Vincent and the Grenadines), VN Doc. CCPR/C/70/D/806/1998, concludeerde het comité dat artikel 6 IVBPR geschonden was vanwege het feit dat oplegging van de doodstraf bij wet verplicht was voor een relatief brede categorie van levensdelicten zonder dat daarbij rekening kon worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte of de specifieke situatie waarin het delict was gepleegd. Vgl. ook de *Concluding Observations* van het Mensenrechtencomité n.a.v. de vierde statenrapportage door Irak (VN Doc. CCPR/C/79/Add.84 (1997), § 10): ‘The Committee also notes with great concern the increase in the categories of crimes punishable by the death penalty, pursuant to Revolutionary Command Council Decrees No. 13 of 1992, No. 9 of 1993, Nos. 86, 95, 179 and 118 of 1994, and No. 16 of 1995, and that the new categories include non-violent and economic infringements. These measures are incompatible with Iraq’s obligations under the Covenant to protect the right to life.’

58 Naast de tekst van artikel 2 lid 1 EVRM vormde voor het Hof het feit dat de EVRM-verdragspartijen een apart (Zesde) Protocol hebben opgesteld tot uitbanning van de doodstraf in vreedstijd een aanvullend argument. Het Hof leidde hieruit af dat de verdragspartijen klaarblijkelijk menen dat alleen staten die dit Protocol ratificeren gehouden zijn aan afschaffing van de doodstraf.

59 EHRM 7 juli 1989, *Series A* Vol. 161 (Soering/UK), § 103.

has developed into a *de jure* abolition in forty-three of the forty-four Contracting States – most recently in the respondent State – and a moratorium in the remaining State which has not yet abolished the penalty, namely Russia. This almost complete abandonment of the death penalty in times of peace in Europe is reflected in the fact that all the Contracting States have signed Protocol No. 6 and forty-one States have ratified it, that is to say, all except Turkey, Armenia and Russia. It is further reflected in the policy of the Council of Europe which requires that new member States undertake to abolish capital punishment as a condition of their admission into the organisation. As a result of these developments the territories encompassed by the member States of the Council of Europe have become a zone free of capital punishment.

(...) Such a marked development could now be taken as signalling the agreement of the Contracting States to abrogate, or at the very least to modify, the second sentence of Article 2 § 1, particularly when regard is had to the fact that all Contracting States have now signed Protocol No. 6 and that it has been ratified by forty-one States. It may be questioned whether it is necessary to await ratification of Protocol No 6 by the three remaining States before concluding that the death penalty exception in Article 2 has been significantly modified. Against such a consistent background, it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable, if not inhuman, form of punishment which is no longer permissible under Article 2.

(...) In expressing this view, the Court is aware of the opening for signature of Protocol No. 13 which provides an indication that the Contracting States have chosen the traditional method of amendment of the text of the Convention in pursuit of their policy of abolition. However this Protocol seeks to extend the prohibition by providing for the abolition of the death penalty in all circumstances – that is to say both in time of peace and in times of war. This final step toward complete abolition of the death penalty can be seen as a confirmation of the abolitionist trend established by the practice of the Contracting States. It does not necessarily run counter to the view that Article 2 has been amended in so far as it permits the death penalty in times of peace.

(...) In the Court's view, it cannot now be excluded, in the light of the developments that have taken place in this area, that the States have agreed through their practice to modify the second sentence in Article 2 § 1 in so far as it permits capital punishment in peacetime.⁶⁰

Het EHRM formuleert het nog heel voorzichtig, maar het standpunt lijkt zich desalniettemin duidelijk af te tekenen. Uiteindelijk acht het Hof echter artikel 2 EVRM wel geschonden, maar niet louter op grond van de bovenstaande overwegingen. Öcalan is tot de doodstraf veroordeeld door een *state security court* dat niet voldeed aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zoals neergelegd in artikel 6 EVRM (vanwege de aanwezigheid in dit gerecht

60 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 195-198.

van een militaire rechter).⁶¹ Dit feit levert niet alleen een schending van artikel 6 op, maar ook van artikel 2 (en 3, zie § 8.1.4.3 *infra*) EVRM:

‘Even if the death penalty were still permissible under Article 2, the Court considers that an arbitrary deprivation of life pursuant to capital punishment is prohibited. This flows from the requirement that “Everyone’s right to life shall be protected by law”. An arbitrary act cannot be lawful under the Convention (...).

It also follows from the requirement in Article 2 § 1 that the deprivation of life be pursuant to the “execution of a sentence of a court”, that the “court” which imposes the penalty be an independent and impartial tribunal within the meaning of the Court’s case-law (...) and that the most rigorous standards of fairness are observed in the criminal proceedings both at first instance and on appeal. Since the execution of the death penalty is irreversible, it can only be through the application of such standards that an arbitrary and unlawful taking of life can be avoided (...). Lastly, the requirement in Article 2 § 1 that the penalty be “provided by law” means not only that there must exist a basis for the penalty in domestic law but that the requirement of the quality of the law be fully respected, namely that the legal basis be “accessible” and “foreseeable” as those terms are understood in the case-law of the Court (...).

It follows from the above construction of Article 2 that the implementation of the death penalty in respect of a person who has not had a fair trial would not be permissible.⁶²

In geval van een gerechtelijke procedure die is uitgemond in een doodvonnis incorporeert het EHRM derhalve de eis van berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter van artikel 6, eerste lid, als het ware in artikel 2. Het niet-opschortbare recht op leven bergt derhalve een belangrijke eerlijk-procesdimensie in zich.

Ook in de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité wordt de processuele dimensie van het recht op leven zoals gegarandeerd door artikel 6 IVBPR sterk benadrukt. Het Comité legt zodoende een link naar het recht op een eerlijk proces van artikel 14 IVBPR (dat daarmee – in gevallen waarin het proces eindigt in oplegging van de doodstraf – een indirecte of afgeleide niet-opschortbare status krijgt). In *General Comment No. 6* stelt het Comité:

‘It (...) follows from the express terms of article 6 that it [the death penalty – JPL] can only be imposed in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the Covenant. The procedural guarantees therein prescribed must be observed, including the right to a fair hearing by an independent tribunal, the presumption of innocence, the minimum guarantees for the defense, and the right to review by a higher tribunal. These rights are applicable in addition to the particular right to seek pardon or commutation of the sentence.’⁶³

61 Zie over deze problematiek § 5.7.2.3 *supra*.

62 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 202-205.

63 *Ibidem*.

De procedurele waarborgen die het Comité hier noemt, bestrijken een belangrijk deel van de in artikel 14 opgenomen waarborgen, maar niet alle. Er is tot dusverre nog geen jurisprudentie waaruit precies blijkt welke elementen van artikel 14 'over de band van artikel 6' in doodstrafzaken een niet-opschortbare status krijgen. Weliswaar heeft het Comité in zijn jurisprudentie meermalen onderstreept dat 'in cases in which a capital sentence may be pronounced, the obligation of States parties to observe rigorously all the guarantees for a fair trial set out in article 14 of the Covenant admits of no exception [cursivering JPL]', maar in deze zaken oordeelde het Comité dan telkens artikel 14 geschon- den en niet (als gevolg daarvan) óók artikel 6.⁶⁴ In de zaak *Rickly Burrell/ Jamaica* uit 1996 oordeelde het Mensenrechtencomité artikel 6 IVBPR geschon- den omdat de gerechtelijke procedure die had geleid tot de oplegging van de doodstraf niet voldeed aan de eisen van een eerlijk proces zoals geformuleerd in artikel 14 IVBPR. *In casu* bestond dit tekortschieten uit het feit dat de veroor- deelde in de hoger-beroepsprocedure tegen zijn doodvonnis was vertegenwoor- digd door een hem toegewezen advocaat die nimmer contact met hem had gehad (ondanks pogingen van de veroordeelde om dit contact wel tot stand te brengen) en belangrijke gronden voor het hoger beroep niet naar voren had gebracht.⁶⁵ Bij het Comité was ook geklaagd over de lange duur van de periode tussen de veroordeling in eerste aanleg en de behandeling van het hoger beroep, namelijk ruim twee jaar. Het Comité meende echter over onvol- doende feitelijke informatie te beschikken om te kunnen beoordelen of dit een schending van het recht op een berechting 'without undue delay' in de zin van artikel 14, derde lid sub c juncto vijfde lid, IVBPR opleverde. Of derhalve ook een dergelijke schending van de redelijke-termijndimensie van artikel 14 in doodstrafzaken kan leiden tot een schending van artikel 6 IVBPR kan momen- teel nog niet met zekerheid worden gezegd. Wel zijn (extremere) gevallen waarin een ter dood veroordeelde voor een periode van vijf respectievelijk 13 jaar moest wachten op een geschreven en beargumenteerd vonnis van het gerecht aangemerkt als een schending van artikel 14, vijfde lid, IVBPR (recht op hoger beroep) 'read in conjunction with' artikel 14, derde lid sub c, (recht op berechting zonder onredelijke vertraging) en als gevolg daarvan ook als schending van artikel 6 IVBPR.⁶⁶

64 Zie o.m. VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1992, comm.no. 272/1988 (Thomas/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/44/D/272/1988.

65 VN-Mensenrechtencomité 18 juli 1996, comm.no. 546/1993 (Rickly Burrell/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/57/D/546/1993), m.n. § 9.3-9.4. Zie voor een vergelijkbaar geval: VN-Men- senrechtencomité 31 maart 1994, comm.no. 353/1989 (Lloyd Grant/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/50/D/353/1989, § 8.4-8.7. Andere schendingen van het recht op een eerlijk proces in doodstrafzaken o.m.: VN-Mensenrechtencomité 27 juli 1992, comm.no. 349/1989 (Wright/ Jamaica), VN Doc. CCPR/C/45/D/349/1989; VN-Mensenrechtencomité 1 november 1991, comm.no. 283/1988 (Little/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/43/D/283/1988.

66 VN-Mensenrechtencomité 1 november 1991, comm.no. 283/1988 (Little/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/43/D/283/1988, § 9 resp. VN-Mensenrechtencomité 29 maart 1994, comm.no. 377/1989 (Currie/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/50/D/377/1989.

De ECieRM en het EHRM zijn diverse malen geconfronteerd met zaken over de uitlevering van personen aan een land waar hen mogelijkwijs de doodstraf te wachten stond. Het bovengenoemde EHRM-arrest *Soering/United Kingdom* is hiervan een voorbeeld. Het VN-Mensenrechtcomité heeft minder klachten over dit vraagstuk te behandelen gehad. Aangezien artikel 2 EVRM en artikel 6 IVBPR op zichzelf niet in de weg staan aan een dergelijke uitlevering, worden deze zaken doorgaans in de eerste plaats behandeld vanuit het perspectief van artikel 3 EVRM of artikel 7 IVBPR, aangezien bijkomende omstandigheden kunnen maken dat zo'n uitlevering in strijd komt met het verbod van foltering of onmenselijke behandeling. In § 6.6.3.3 ga ik daar nader op in. Hier zij opgemerkt dat het VN-Mensenrechtcomité tot dusverre één zaak heeft behandeld waarin een beroep werd gedaan op het Tweede facultatieve Protocol bij het IVBPR. In deze zaak, *T/Australia*, oordeelde het Mensenrechtcomité dat ten aanzien van de klager, die uitgezet dreigde te worden naar Maleisië, alwaar hij naar eigen zeggen het risico liep tot de doodstraf te worden veroordeeld, geen sprake was van een zodanige situatie dat de uitzetting van T. als 'foreseeable and necessary consequence' zou hebben dat hij berecht zou worden en veroordeeld tot de doodstraf. Het achtte artikel 6 IVBPR noch het Tweede facultatieve Protocol bij het IVBPR geschonden.⁶⁷ Uit de formulering van dit Comité-oordeel leiden Hanski en Scheinin af dat in ieder geval voor staten die partij zijn bij het Tweede facultatieve Protocol geldt, dat uitzetting of uitlevering van een persoon aan een staat waar hij een reëel risico loopt de doodstraf opgelegd te krijgen altijd ontoelaatbaar is, ook als het opleggen en voltrekken van de doodstraf verder geheel voldoet aan de eisen van artikel 6.⁶⁸

In een recent oordeel van 5 augustus 2003 heeft het VN-Mensenrechtcomité echter duidelijk gemaakt dat ook voor staten die geen partij zijn bij het Tweede facultatieve Protocol uitzetting of uitlevering van een persoon aan een staat waar hij het reële risico loopt de doodstraf opgelegd te krijgen een schending van het IVBPR oplevert. Het betrof een zaak waarin Canada een man had uitgeleverd aan de VS, alwaar deze man reeds veroordeeld was tot de doodstraf vanwege een dubbele moord. Het Comité wijst er in zijn oordeel op dat het tot dusverre steeds heeft geoordeeld dat 'it does not consider that the deportation of a person from a country which has abolished the death penalty to a country where he/she is under sentence of death amounts *per se* to a violation of article 6 of the Covenant'. Het wijst in dit verband op zijn

67 VN-Mensenrechtcomité 4 november 1997, comm.no. 706/1996 (T/Australia), VN Doc. CCPR/C/53/D/706/1996, § 9.

68 Hanski & Scheinin 2003, p. 29. De ECieRM lijkt in enkele ontvankelijkheidsbeslissingen te neigen naar ditzelfde oordeel, zonder hierover overigens een expliciete uitspraak te doen (daar komt zij vanwege de feitelijke omstandigheden van de casus niet aan toe): ECieRM 20 januari 1994, appl.no. 22742/93 (J. Aylor-Davis/France), *D&R* Vol. 76-A, p. 164-171 en ECieRM 4 september 1995, appl.no. 25342/94 (Raidl/Austria), *D&R* Vol. 82-A, p. 134.

oordeel in een eerdere zaak tegen Canada, namelijk de zaak *Kindler* uit 1993.⁶⁹ Vervolgens komt het Comité tot een overweging die – waarschijnlijk niet geheel toevallig – enige parallellen vertoont met het EHRM-arrest *Öcalan* van enkele maanden eerder:

‘While recognizing that the Committee should ensure both consistency and coherence of its jurisprudence, it notes that there may be exceptional situations in which a review of the scope of application of the rights protected in the Covenant is required, such as where an alleged violation involves that most fundamental of rights – the right to life – and in particular if there have been notable factual and legal developments and changes in international opinion in respect of the issue raised. The Committee is mindful of the fact that the abovementioned jurisprudence was established some 10 years ago, and that since that time there has been a broadening international consensus in favour of abolition of the death penalty, and in states which have retained the death penalty, a broadening consensus not to carry it out. Significantly, the Committee notes that since *Kindler* the State party itself has recognized the need to amend its own domestic law to secure the protection of those extradited from Canada under sentence of death in the receiving state.’⁷⁰

Daarna geeft het Comité een analyse van de structuur van artikel 6 IVBPR die uitmond in de conclusie dat de leden 2 tot en met 6 van artikel 6

‘have the dual function of creating an exception to the right to life in respect of the death penalty and laying down limits on the scope of that exception. Only the death penalty pronounced when certain elements are present can benefit from the exception. Among these limitations are that found in the opening words of paragraph 2, namely, that only States parties that “have not abolished the death penalty” can avail themselves of the exceptions created in paragraphs 2 to 6. For countries that *have* abolished the death penalty, there is an obligation not to expose a person to the real risk of its application. Thus, they may not remove, either by deportation or extradition, individuals from their jurisdiction if it may be reasonably anticipated that they will be sentenced to death, without ensuring that the death sentence would not be carried out. (...)

For these reasons, the Committee considers that Canada, as a State party which has abolished the death penalty, irrespective of whether it has not yet ratified the Second Optional Protocol to the Covenant Aiming at the Abolition of the Death Penalty, violated the author’s right to life under article 6, paragraph 1, by deporting him to the United States, where he is under sentence of death, without ensuring that the death penalty would not be carried out. The Committee recognizes that Canada did not itself impose the death penalty on the author. But by deporting him to a country where he was under sentence of death, Canada established the

69 VN Mensenrechtencomité 30 juli 1993, comm.no. 470/1991 (*Kindler/Canada*), VN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991.

70 VN-Mensenrechtencomité 5 augustus 2003, comm.no. 829/1998 (*Judge/Canada*), VN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, § 10.3.

crucial link in the causal chain that would make possible the execution of the author.⁷¹

Het moge duidelijk zijn dat na het EHRM nu ook het Mensenrechtencomité, in het licht van internationale en nationale ontwikkelingen rondom het verbod tot oplegging van de doodstraf, komt tot een restrictiever interpretatie van de ruimte die de bepalingen over het recht op leven in EVRM respectievelijk IVBPR laten voor het onderwerpen van personen aan de doodstraf.

Zoals aan het begin van deze paragraaf reeds werd opgemerkt, zijn de zaken waarin het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM maatstaven hebben geformuleerd over de doodstraf, niet of nauwelijks gerelateerd aan crisissituaties of noodtoestanden. Wat wel kan worden geconstateerd is dat de strenge maatstaven die beide verdragsorganen hebben geformuleerd, gelden ongeacht de persoon van de veroordeelde. Ook indien het gaat om iemand die veroordeeld is wegens ernstige terreur of die leiding gaf aan een terroristische organisatie (zoals PKK-leider Öcalan) hanteren de verdragsorganen dezelfde strenge maatstaven (bijvoorbeeld ten aanzien van de procesgang die uitmondt in een doodvonnis).

8.1.3.3 *Excessief geweldgebruik door politie of veiligheidstroepen en willekeurige of buitengerechtelijke executies*

IVBPR

Excessief geweldgebruik door politie, leger of veiligheidstroepen en (veelal als gevolg daarvan) willekeurige of buitengerechtelijke executies zijn onderwerpen die vooral bij het VN-Mensenrechtencomité met een grote regelmaat om aandacht vragen.⁷² Feiten van deze orde doen zich vooral voor in gebieden waar sprake is van een burgeroorlog of grootschalige strijd tussen veiligheidstroepen en verzetsbewegingen of terroristische organisaties. In het kader van de bespreking van statenrapporten uit het Mensenrechtencomité hierover dikwijls zijn grote zorgen en uit het kritiek op alle strijdende partijen. Illustratief is een passage uit het commentaar van het Comité op de statenrapportage door Peru uit 1992 (deze rapportage besloeg een periode waarin de strijd tussen de Peruaanse regering en de Maoïstische rebellenbeweging 'Lichtend pad' (*Sendiero Luminoso*) zich op een hoogtepunt – beter: dieptepunt – bevond):

'The Committee expresses its deep concern about the terrorism which appears to form part of the daily life in Peru. The Committee condemns the atrocities perpetrated by insurgent groups, and is particularly disturbed by the scale of terrorist violence, which shows no consideration for the most basic human rights. Nevertheless, the Committee also censures excessive force and violence used by the military,

71 *Idem*, § 10.4 en 10.6.

72 Zie voor voorbeelden: Svensson-McCarthy 1998, p. 395-397.

the para-military, the police, and armed civilian groups. It is troubled by the great number of complaints of extrajudicial executions and disappearances attributed to the security forces. In this respect, the Committee is deeply concerned with the absence of civilian control over the military and para-military groups, especially in the zones under their control, which in some cases amounts to impunity. In particular, the Committee regrets that they can be tried for acts of violence only under military law. The Committee considers that combating terrorism with arbitrary and excessive State violence cannot be justified under any circumstances.⁷³

In 1998 bekritiseerde het Mensenrechtencomité bij de bespreking van de eerste Israëlische statenrapportage het gebrek aan bescherming van het recht op leven in het optreden van veiligheidstroepen in de bezette gebieden:

‘With respect to article 6 of the Covenant, the Committee is concerned about the number of Palestinians who have been killed by the security forces, as well as all persons who have been the victims of terrorist attacks. The Committee expresses concern over the use of rubber-coated metal bullets by the security forces in the occupied territories in dispersing demonstrations. This type of rubber bullet is reported to have killed many Palestinians, including children. The Committee urges the State party to enforce rigorously the strict limitations on the operational rules as to the use of firearms and the use of rubber bullets against unarmed civilians.’⁷⁴

Bij de bespreking van de tweede Israëlische statenrapportage in 2003 toonde het Comité zich vooral zeer kritisch over de wijze waarop het Israëlische leger leiders en leden van Palestijnse terroristische organisaties trachtte uit te schakelen:

‘The Committee is concerned by what the State party calls “targeted killings” of those identified by the State party as suspected terrorists in the Occupied Territories. This practice would appear to be used at least in part as a deterrent or punishment, thus raising issues under article 6. While noting the delegation’s observations about respect for the principle of proportionality in any response to terrorist activities against civilians and its affirmation that only persons taking direct part in hostilities have been targeted, the Committee remains concerned about the nature and extent of the responses by the Israeli Defense Force (IDF) to Palestinian terrorist attacks. The State party should not use “targeted killings” as a deterrent or punishment. The State party should ensure that the utmost consideration is given to the principle of proportionality in all its responses to terrorist threats and activities. State policy in this respect should be spelled out clearly in guidelines to regional military commanders, and complaints about disproportionate use of force should be investigated promptly by an independent body. Before resorting to the use of deadly force,

73 VN Doc. CCPR/C/79/Add.8 (1992), § 8.

74 VN Doc. CCPR/C/79/Add.93 (1998), § 17.

all measures to arrest a person suspected of being in the process of committing acts of terror must be exhausted.⁷⁵

Deze opmerkingen naar aanleiding van statenrapportages maken duidelijk dat artikel 6 IVBPR volgens het Mensenrechtencomité eist dat regelgeving rondom geweldgebruik en gebruik van vuurwapens door overheidsorganisaties stringent dient te zijn (dodelijk geweld mag alleen gebruikt worden als uiterste middel), dat de naleving hiervan goed gecontroleerd moet worden en dat vermeende overtreding ervan zorgvuldig onderzocht moet worden.

In het kader van individuele klachtprocedures is het Mensenrechtencomité tot vergelijkbare conclusies gekomen. Een schoolvoorbeeld van excessief geweldgebruik door de politie in het kader van het onderzoek naar een misdrijf dat door het VN-Mensenrechtencomité in strijd werd geoordeeld met artikel 6 IVBPR is de zaak *Suarez de Guerrero/Colombia* uit 1982, die ook reeds in § 7.1.5 *supra* werd genoemd.⁷⁶ Mevrouw Suarez de Guerrero en zes andere personen werden doodgeschoten door de politie bij een inval in een huis waarvan de politie – ten onrechte – dacht dat zich daar een gekidnapte voormalig ambassadeur bevond. Vastgesteld werd dat geen van de slachtoffers zelf geschoten had en dat zij alle van zeer korte afstand waren doodgeschoten. Het Comité oordeelde in deze zaak als volgt:

'The right enshrined in (...) article [6] is the supreme right of the human being. It follows that the deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity. This follows from the article as a whole and in particular is the reason why paragraph 2 of the article lays down that the death penalty may be imposed only for the most serious crimes. The requirements that the right shall be protected by law and that no one shall be arbitrarily deprived of his life mean that the law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by the authorities of a State.
(...) In the present case it is evident from the fact that seven persons lost their lives as a result of the deliberate action of the police that the deprivation of life was intentional. Moreover, the police action was apparently taken without warning to the victims and without giving them any opportunity to surrender to the police patrol or to offer any explanation of their presence or intentions. There is no evidence that the action of the police was necessary in their own defense or that of others, or that it was necessary to effect the arrest or prevent the escape of the persons concerned. Moreover, the victims were no more than suspects of the kidnapping which had occurred some days earlier and their killing by the police deprived them of all the protections of due process of law laid down by the Covenant. In the case of Mrs. Maria Fanny Suarez de Guerrero, the forensic report showed that she had been shot several times after she had already died from a

75 VN Doc. CCPR/CO/78/ISR, § 15.

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

heart attack. There can be no reasonable doubt that her death was caused by the police patrol.

(...) For these reasons it is the Committee's view that the action of the police resulting in the death of Mrs. Maria Fanny Suarez de Guerrero was disproportionate to the requirements of law enforcement in the circumstances of the case and that she was arbitrarily deprived of her life contrary to article 6 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights.⁷⁷

Excessief en nodeloos geweldgebruik door de politie, dat de dood ten gevolge heeft, wordt door het Mensenrechtencomité derhalve aangemerkt als een met artikel 6 strijdige willekeurige levensbeneming.

Een geval dat aangemerkt kan worden als willekeurige en buitengerechtigke executie is te vinden in de zaak *Baboeram et al./Suriname*, die betrekking heeft op de zogenaamde 'decembermoorden' in december 1982 te Paramaribo.⁷⁸ In de nacht van 8 december 1982 werden 15 vooraanstaande Surinamers (legerofficieren, journalisten, zakenlieden, juristen, vakbondsleiders) uit hun huis gehaald door vertegenwoordigers van het toenmalige militaire bewind en afgevoerd naar Fort Zeelandia. Een dag later bleek dat zij waren doodgeschoten en dat hun lichamen tekenen van ernstige mishandeling vertoonden. De schotwonden duiden erop dat zij van korte afstand waren doodgeschoten. Het militaire bewind verklaarde dat de vijftien betrokken waren bij een poging tot staatsgreep en waren neergeschoten bij een poging te ontvluchten,⁷⁹ maar kon hiervan geen enkel bewijs overleggen (er was geen autopsie verricht op de lichamen, geen officieel onderzoek ingesteld naar de gebeurtenissen en geen enkele nadere informatie verstrekt aan het Comité). Het Mensenrechtencomité beschouwde dit als een poging om aan aansprakelijkheid te ontkomen en reageerde hierop met een bewijslastverdeling in het voordeel van de klagers. Het stelde dat

'it is implicit in article 4 (2) of the Optional Protocol that the State party has the duty to investigate in good faith all allegations of violation of the Covenant made against it and its authorities and to furnish to the Committee the information available to it. In cases where the allegations are corroborated by evidence submitted by the authors and where further clarification of the cases depends on information exclusively in the hands of the State party, the Committee may consider the authors' allegations as substantiated in the absence of satisfactory evidence and explanations to the contrary submitted by the State party.'⁸⁰

77 *Idem*, § 13.1-13.3.

78 VN-Mensenrechtencomité 4 april 1985, comm.no. 146/1983 en 148-154/1983 (*Baboeram et al./Suriname*), VN Doc. CCPR/C/40/D/146/1985.

79 *Idem*, § 1.1-1.3, 6.3 en 13.1.

80 *Idem*, § 13.2.

Het Mensenrechtencomité oordeelde dat het duidelijk was dat de vijftien opzettelijk gedood waren door de militaire politie zonder enige vorm van proces en dat de slachtoffers derhalve 'were arbitrarily deprived of their lives contrary to article 6 (1)'.⁸¹

Een enigszins vergelijkbare kwestie, in die zin dat het zowel ging om een poging van het bewind om een politieke tegenstander uit te schakelen als om een gebrek aan medewerking in de procedure voor het Mensenrechtencomité, speelde in de zaak *Roger Chongwe/Zambia* uit 2000. In deze zaak was de klager door de politie neergeschoten nadat hij net een openbare politieke bijeenkomst had toegesproken. Hoewel de klager niet gedood was (wel levensgevaarlijk gewond) door de politiekogels oordeelde het Mensenrechtencomité desalniettemin het politieoptreden in strijd met de zorgplicht voor de bescherming van het recht op leven:

'The Committee observes that article 6, paragraph 1, entails an obligation of a State party to protect the right to life of all persons within its territory and subject to its jurisdiction. In the present case, the author has claimed, and the State party has failed to contest before the Committee that the State party authorised the use of lethal force without lawful reasons, which could have led to the killing of the author. In the circumstances, the Committee finds that the State party has not acted in accordance with its obligation to protect the author's right to life under article 6, paragraph 1, of the Covenant.'⁸²

Ook in deze zaak leverde onder meer het gebrek aan een adequate en geloofwaardige verklaring voor het gebruikte wapengeweld van de zijde van de regering dus weer een situatie op waarin het Comité de visie van de klager met betrekking tot dit geweldgebruik overnam en tot schending van het IVBPR oordeelde.

EVRM

Met betrekking tot excessief geweldgebruik door politie of veiligheidstroepen en willekeurige of buitengerechtelijke executies is de jurisprudentie van de Straatsburgse organen wat gedetailleerder dan die van het Mensenrechtencomité. Dit komt vooral doordat de EVRM-normen op dit punt preciezer zijn geformuleerd. In § 8.1.3.1 *supra* wees ik er reeds op dat artikel 2, tweede lid, EVRM een uitputtende lijst bevat van een drietal gevallen waarin gebruik van dodelijk geweld is toegestaan, namelijk indien het absoluut noodzakelijk is (a) ter verdediging van personen tegen onrechtmatig geweld, (b) teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van een rechtmatig gedetineerde te voorkomen of (c) teneinde in overeenstemming met de wet

81 *Idem*, § 14.3 en 15.

82 VN-Mensenrechtencomité 25 oktober 2000, comm.no. 821/1998 (*Chongwe/Zambia*), VN Doc. CCPR/C/70/D/821/1998, § 5.2.

een oproer of opstand te onderdrukken. Artikel 15, tweede lid, EVRM voegt daar nog aan toe dat afwijking van artikel 2 is toegestaan 'in respect of deaths resulting from lawful acts of war', waarmee in wezen een vierde categorie van gevallen waarin het gebruik van dodelijk geweld is toegestaan wordt gecreëerd.

In § 5.6.4.3. *supra* noemde ik reeds enige hoofdpunten uit de Straatsburgse jurisprudentie over gerechtvaardigd gebruik van dodelijk geweld. De algemene benadering van ECieRM en EHRM ten aanzien van het tweede lid van artikel 2 is dat met de drie gevallen van gerechtvaardigd geweldgebruik die daar worden genoemd niet beoogd is aan te geven dat in die situaties het gericht en opzettelijk doden van personen is toegestaan. Het gaat er veeleer om dat geweldgebruik is toegestaan en dat een onbedoeld resultaat van dit geweldgebruik kan zijn dat personen worden gedood.⁸³ Verder betekent de eis dat het geweldgebruik 'absoluut noodzakelijk' moet zijn dat

'a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraph 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2.'⁸⁴

Bij zijn beoordeling van situaties waarin dodelijk geweld is gebruikt betreft het EHRM dan niet alleen het optreden van de overheidsfunctionarissen die het geweld daadwerkelijk toepasten, maar ook 'all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination'.⁸⁵

Indien derhalve door veiligheidstroepen wordt opgetreden tegen bijvoorbeeld leden van een terroristische organisatie of andere personen die een gevaar vormen voor de staatsveiligheid, dan dient dit optreden (ook in het kader van een noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt) er niet in het algemeen simpelweg op gericht te zijn zoveel mogelijk van deze per-

83 ECieRM 10 juli 1984, appl.no. 10044/82 (Steward/UK), *D&R* Vol. 39, p. 169-171; EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK), § 148.

84 EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK), § 149. T.a.v. de situaties zoals aangeduid in art. 2 lid 2 sub b EVRM lijkt het EHRM in het recente arrest *Nachova and Others/Bulgary* de norm van strikte noodzakelijkheid zo in te vullen dat gebruik van dodelijk geweld bij optreden ter voorkoming van ontsnapping van gedetineerden alleen dan is toegestaan indien de voortvluchtigen zelf gebruik maken van onrechtmatig geweld. Als de voortvluchtigen geen wapens hebben en geen gewelddadig misdrijf hebben gepleegd, zou de uitzondering van art. 2 lid 2 sub b geen toepassing kunnen vinden (EHRM 26 februari 2004, appl.no. 43577/98 en 43579/98 (Nachova and Others/Bulgary)).

85 *Idem*, § 150.

sonen om te brengen.⁸⁶ In de eerste plaats moeten politie- of andere veiligheidsfunctionarissen die zijn uitgerust met wapens om op te treden in gevaarlijke situaties op zodanige wijze worden getraind en voorzien van 'rules of engagement' dat het risico van onbedoelde dodelijke slachtoffers door ongecontroleerde acties zoveel mogelijk wordt gereduceerd.⁸⁷ Bovendien moet bij de planning en voorbereiding van gewapende acties van politie- of veiligheidstroepen tegen bijvoorbeeld groepen terroristen rekening worden gehouden met het gevaar dat gebruik gemaakt wordt van dodelijk geweld zonder dat hiertoe een absolute noodzaak bestaat (en dus onnodige slachtoffers vallen).⁸⁸ Een zorgvuldige planning en voorbereiding van dit soort operaties is met name zo belangrijk, omdat de politie- of militaire eenheden die dergelijke acties uitvoeren veelal geconfronteerd worden met dusdanige omstandigheden dat er op dat moment geen tijd is voor een zorgvuldige afweging over de 'absolute noodzaak' van het door hen gehanteerde geweld. Zij vertrouwen op de gegrondheid van de aan hen verstrekte instructies en moeten hier ook op kunnen vertrouwen.

Het EHRM sluit echter niet uit dat in bepaalde omstandigheden, namelijk indien aan de zijde van de overheidsinstanties de redelijke en oprechte overtuiging bestaat dat het absoluut noodzakelijk is om levens van anderen te redden, wordt geschoten met het oogmerk om bepaalde personen te doden.⁸⁹ Een zorgvuldige planning en uitvoering van dergelijke acties vergt dan wel weer dat de ook de risico's voor omstanders en andere burgers zo gering mogelijk worden gehouden en dat rekening gehouden wordt met de mogelijkheid van

86 Vgl. Warbrick 2002, p. 291: 'The prohibition of intentional killing by the State in circumstances other than the execution of a capital sentence rules out any recourse to "shoot to kill" policies or the organisation of death squads as part of a counter-terrorism policy, however great the provocation caused to the authorities by the activities of the terrorists.'

87 EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK), § 156. Eén van de problemen in de zaak McCann was dat de SAS-eenheid die de IRA-terroristen van wie gedacht werd dat zij een autobom hadden geplaatst op Gibraltar zo getraind en geïnformeerd was dat zij indien het zou komen tot het gebruik van hun vuurwapens ook min of meer automatisch zouden schieten om te doden. Het was niet zozeer het schieten door de SAS-militairen als wel de planning van de operatie en informatievoorziening aan de betrokken militairen die het EHRM deed concluderen tot een schending van artikel 2.

88 *Idem*, § 150 en 202-213; EHRM 26 februari 2004, appl.no. 43577/98 en 43579/98 (Nachova and Others/Bulgary), § 113. Zie ook EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Güleç/Turkey), waarin het doodschieten door veiligheidstroepen van deelnemers aan een gewelddadige demonstratie ter discussie stond. Het Hof overwoog (§ 71): 'The Court (...) accepts that the use of force may be justified in the present case under paragraph 2 (c) of Article 2, but it goes without saying that a balance must be struck between the aim pursued and the means employed to achieve it. The gendarmes used a very powerful weapon because they apparently did not have truncheons, riot shields, water cannon, rubber bullets or tear gas. The lack of such equipment is all the more incomprehensible and unacceptable because the province of Şýrnak, as the Government pointed out, is in a region in which a state of emergency has been declared, where at the material time disorder could have been expected.'

89 *Idem*, § 200 en 214. Zie nader § 5.6.4.3. *supra*.

gewapend verweer tegen het overheidsoptreden en de consequenties die dit zou kunnen hebben voor derden.⁹⁰ Ook kan van de staat worden gevergd dat deze op enigerlei wijze bewijs overlegt van zo'n zorgvuldige planning; indien de staat op dit punt in gebreke blijft, ziet het EHRM dit als een indicatie van het feit dat de operatie niet in overeenstemming met artikel 2 EVRM is uitgevoerd.⁹¹

Warbrick wijst er terecht op dat het voor het EHRM zeer lastig is om in zaken over het opereren van veiligheidstroepen of politie onder extreme omstandigheden tot een goede vaststelling van de feiten te komen, dit is dikwijls ook voor de klager(s) reeds het geval:

'Whether the inquiry at the international level focuses on the planner or the operative, there is a formidable forensic problem for the applicant in obtaining and for the Court in evaluating the evidence. The more fraught the circumstances, for example fire-fights between the security forces and terrorist groups, the more the fact-finding capacity of the Court is tested.'⁹²

In sommige zaken kan het Hof niet 'beyond a reasonable doubt' vaststellen of overheidsfunctionarissen verantwoordelijk waren voor de dood van bepaalde personen en of de betrokken verdragsstaat hiervoor aansprakelijk is. Met name in enkele zaken die te maken hadden met de strijd tussen Turkse veiligheidstroepen en de PKK in Zuid-Oost Turkije ontkende de Turkse regering dat overheidsfunctionarissen verantwoordelijk waren voor de dood van personen.⁹³ Het Hof heeft getracht deze problemen op het terrein van de feitenvaststelling enigszins te omzeilen door de bewijslast in hoge mate bij de betrokken staat te leggen en zo het nadeel voor klagers enigszins te verminderen en de beperkte financiële en personele mogelijkheden voor 'fact-finding' door het Hof zelf te ontzien. In diverse zaken overweegt het Hof:

'Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as for example in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death

90 EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey), § 79: 'the responsibility of the State is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the State has killed a civilian. It may also be engaged where they fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising, incidental loss of civilian life.' Zie ook EHRM 20 mei 1999, *RJ&D* 1999-III (Ogur/Turkey).

91 EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey), § 81.

92 Warbrick 2002, p. 293. Vgl. o.m. EHRM 4 mei 2001, *RJ&D* 2001-III (McKerr/UK), § 119-121.

93 Zie o.m. EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Kaya/Turkey), § 297; EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Güleç/Turkey); EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey); EHRM 2 september 1998, *RJ&D* 1998-VI (Yasa/Turkey); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Tanrikulu/Turkey); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Çakici/Turkey).

which occur. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.⁹⁴

Met betrekking tot personen die overlijden nadat zij gearresteerd zijn, dus terwijl zij zich in detentie bevonden, hanteert het EHRM de stelregel dat wanneer iemand 'is taken into police custody in good health but is later found dead, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of the events leading to his death, failing which the authorities must be held responsible under Article 2 of the Convention'.⁹⁵

8.1.3.4 Onvrijwillige verdwijningen

De problematiek van onvrijwillige verdwijningen ('forced disappearances') was er jarenlang een die vooral speelde in Latijns-Amerikaanse landen. Een illustratie⁹⁶ hiervan – zowel wat betreft de feiten als wat betreft de beoordeling daarvan – vormt de zaak *Celis Laureano/Peru* waarin het VN-Mensenrechtencomité in 1996 uitspraak deed. Een minderjarige vrouw werd in 1992 diverse malen ontvoerd door guerilla's van *Sendiero Luminoso* en gedwongen om verzorgende werkzaamheden te verrichten voor deze rebellengroep. Zij zag echter telkens kans om na enige tijd te ontsnappen en naar huis terug te keren. Vervolgens werd zij gearresteerd door het leger op verdenking van samenwerking met een terroristische groepering. Op bevel van de rechter werd zij na enkele maanden vrijgelaten. Kort na haar thuiskomst werd zij echter opnieuw ontvoerd door gemaskerde mannen (gezien hun kleding, wapens en gehanteerde vervoermiddelen hoogstwaarschijnlijk militairen). Nadien werd nooit meer iets van haar vernomen. De autoriteiten gaven nimmer uitsluitel over haar lot.⁹⁷

Mede vanwege het feit dat de vrouw al eerder was vastgehouden door het leger en zij en haar familie doodsb bedreigingen van de zijde van het leger hadden ontvangen acht het Mensenrechtencomité de verdwijning toe te rekenen aan de staat (hoewel deze stelt, maar op geen enkele wijze onderbouwt, dat de ontvoering ook kan hebben plaatsgevonden door *Sendiero Luminoso*). Aangezien de Peruaanse regering het Mensenrechtencomité in het geheel niet voorziet van verdere relevante informatie hanteert het Comité een zelfde

94 O.m. EHRM 28 mei 2000, *RJ&D* 2000-VI (Velikova/Bulgaria), § 27; EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (Timurtas/Turkey), § 21; EHRM 4 mei 2001, *RJ&D* 2001-III (McKerr/UK), § 109.

95 O.m. EHRM 18 mei 2000, *RJ&D* 2000-VI (Velikova/Bulgary), § 27; EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (Timurtas/Turkey), § 21; EHRM 27 juni 2000, *RJ&D* 2000-VII (Salman/Turkey), § 99.

96 Zie voor enkele andere voorbeelden uit de praktijk van het IAHRM en diverse VN-organen: Chowdhury 1989, p. 158-159.

97 VN-Mensenrechtencomité 22 maart 1996, comm.no. 540/1993 (*Celis Laureano/Peru*), VN Doc. CCPR/C/51/D/540/1993, § 2.1-2.13.

bewijslastverdeling als in de – in de voorgaande paragraaf reeds gememoreerde zaak *Baboeram and Others/Suriname*: bij gebrek aan informatie van de zijde van de betrokken staat ‘due weight must be given to the author’s allegations, to the effect that they have been substantiated’. Hoewel dus niet bekend is of de betrokken vrouw nog leeft of niet komt het Comité tot de conclusie dat ‘[i]n the light of the circumstances of the case (...) Ana R. Celis Laureano’s right to life enshrined in article 6, read together with article 2, paragraph 1, has not been effectively protected by the State party’.⁹⁸

In de *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency* van de ILA wordt de effectieve zorg voor de bescherming van het recht op leven nader ingevuld, specifiek met het oog op onvrijwillige verdwijningen. In Section C, artikel 4, zevende lid, van de *Paris Minimum Standards* stelt de ILA:

‘Every state shall remain fully accountable for every enforced or involuntary disappearance of an individual within its jurisdiction occasioned by an act or omission of the state. With a view to preventing the inhuman and criminal practice of disappearance which may lead to illegal or arbitrary deprivation of the right to life, every state shall:

- a) maintain central registers or records to account for all persons that have been detained, so that their relatives and other interested persons may promptly learn of any arrests that may have been made;
- b) guarantee that such detention shall be made only by competent and duly identified authorities as may be prescribed by law or regulations;
- c) guarantee that the persons so detained shall be kept in premises which afford every possible safeguard as regards hygiene and health.’

Chowdhury meent dat de ‘standard of protection against the menace of enforced or involuntary disappearance of an individual in a state of emergency’ zoals die door de ILA is opgenomen in de *Paris Minimum Standards* ‘universally recognized’ is.⁹⁹

Het afgelopen decennium is ook aan het EHRM een aantal zaken voorgelegd over het spoorloos verdwijnen van personen. Het betrof met name klachten tegen Turkije over gebeurtenissen in het Zuid-Oosten van dit land begin jaren ‘90 (waar toen een guerrillastrijd woedde tussen regeringstroepen en PKK-strijders). In de eerste zaak waarin het fenomeen van verdwijningen aan de orde werd gesteld, de zaak *Kurt/Turkey*, oordeelde het Hof op basis van het rapport van de ECieRM¹⁰⁰ dat Turkse veiligheidstroepen verantwoordelijk moesten worden gehouden voor de verdwijning van Kurt. Het Hof achtte dit een schending van artikel 5 EVRM (onwettige detentie), maar ging nog niet

98 *Idem*, § 8.4.

99 Chowdhury 1989, p. 170-171.

100 Het ECieRM-rapport was gebaseerd op een eigen *fact-finding*missie door een delegatie van de Commissie.

zo ver om de hoogstwaarschijnlijke dood van Kurt aan te merken als een buitengerechterlijke executie en dus als een schending van artikel 2 EVRM.¹⁰¹ In enkele latere vergelijkbare zaken, waarin de feiten net iets verschilden van die in de zaak *Kurt*, deed het Hof dat wel.¹⁰² Zo trok het EHRM in de zaak *Timurtas/Turkey* met betrekking tot de bewijslastverdeling de lijn door die ook gevolgd wordt in gevallen waarin een persoon gedood of gewond wordt gedurende de periode dat hij door de overheid in detentie wordt vastgehouden (de staat moet met een plausibele verklaring komen) en gaf het aan dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval ook bij een verdwijning tot een schending van artikel 2 kan worden geconcludeerd:

'[W]here an individual is taken into custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused, failing which an issue arises under Article 3 of the Convention (...). In the same vein, Article 5 imposes an obligation on the State to account for the whereabouts of any person taken into detention and who has thus been placed under the control of the authorities (...). Whether the failure on the part of the authorities to provide a plausible explanation as to a detainee's fate, in the absence of a body, might also raise issues under Article 2 of the Convention will depend on all the circumstances of the case, and in particular on the existence of sufficient circumstantial evidence, based on concrete elements, from which it may be concluded to the requisite standard of proof that the detainee must be presumed to have died in custody (...).

In this respect the period of time which has elapsed since the person was placed in detention, although not decisive in itself, is a relevant factor to be taken into account. It must be accepted that the more time goes by without any news of the detained person, the greater the likelihood that he or she has died. The passage of time may therefore to some extent affect the weight to be attached to other elements of circumstantial evidence before it can be concluded that the person concerned is to be presumed dead. In this respect the Court considers that this situation gives rise to issues which go beyond a mere irregular detention in violation of Article 5. Such an interpretation is in keeping with the effective protection of the right to life as afforded by Article 2, which ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention.¹⁰³

Voor het toerekenen van een verdwijning aan de overheid acht het Hof enerzijds persoonlijke factoren rondom de verdwenen persoon of personen relevant: zijn er aanwijzingen dat zij op enigerlei wijze gezocht werden door de autoriteiten?¹⁰⁴ Anderzijds betreft het Hof ook de meer algemene omstandigheden

101 EHRM 25 mei 1998, *RJ&D* 1998-III (*Kurt/Turkey*), § 100-109.

102 EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (*Çakici/Turkey*), § 85-87; EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (*Timurtas/Turkey*), § 82-87; EHRM 18 juni 2002, appl.no. 25656/94 (*Orhan/Turkey*), § 329-332.

103 EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (*Timurtas/Turkey*), § 82-83.

104 *Idem*, § 84.

in het gebied waar de gebeurtenissen hebben plaatsgevonden en het functioneren van de overheid in dit gebied bij zijn beoordeling. Illustratief is de onderstaande passage uit het arrest *Orhan/Turkey* uit 2002:

'In the general context of the situation in south-east Turkey in 1994, it can by no means be excluded that an unacknowledged detention of such persons would be life-threatening (*Timurtas v. Turkey*, (...) § 85 and the *Çiçek v. Turkey*, (...) § 146). It is to be recalled that the Court has held in earlier judgments that defects undermining the effectiveness of criminal law protection in the south-east during the period relevant also to this case, permitted or fostered a lack of accountability of members of the security forces for their actions (*Cemil Kılıç v. Turkey*, no. 22492/93, § 75, ECHR 2000, and *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 98, ECHR 2000). This lack of accountability is particularly marked in the present context, the evidence being that the gendarmes knew little of the detail of the military's activities on operation and that they exercised no control over the military and their operational activities.

(...) For the above reasons, and taking into account that no information has come to light concerning the whereabouts of the Orhans for almost 8 years, the Court is satisfied that the Orhans must be presumed dead following an unacknowledged detention by the security forces. Consequently, the responsibility of the respondent State for their death is engaged. Noting that the authorities have not provided any explanation as to what occurred following the Orhans' apprehension, and that they do not rely on any ground of justification in respect of any use of lethal force by their agents, it follows that liability for their death is attributable to the respondent Government (*Timurtas*, § 86, and *Çiçek*, at § 147 (...)).¹⁰⁵

Ook hier wordt weer duidelijk dat het gebrek aan een verklaring van de zijde van de overheid over hetgeen heeft plaatsgevonden een belangrijke rol speelt bij de aansprakelijkheid van de verdragsstaat. Het leveren van zo'n verklaring vergt onderzoek en ook over een onderzoeksplicht is inmiddels een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie, welke in de volgende paragraaf nader wordt toegelicht.

8.1.3.5 *Verplichting tot onderzoek op nationaal niveau*

In de voorgaande paragrafen werd reeds gewezen op de problemen voor zowel klagers als de internationale toezichhoudende organen om in gevallen waarin personen de dood vinden tijdens detentie of verdwijnen na contact met overheidsinstanties duidelijkheid te krijgen over de feiten. We zagen al dat het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM daarmee rekening houden door een bewijslastverdeling die de betrokken staat nadrukkelijk verplicht met een plausibele verklaring voor het overlijden of verdwijnen te komen. In aanvulling daarop lezen de verdragsorganen in het recht op leven ook een verplichting

105 EHRM 18 juni 2002, appl.no. 25656/94 (*Orhan/Turkey*), § 330-331.

voor de nationale autoriteiten om zorgvuldig onderzoek te verrichten naar gevallen waarin sprake zou kunnen zijn van een schending van het recht op leven.

Het VN-Mensenrechtencomité formuleert deze verplichting tamelijk globaal en in het bijzonder in verband met verdwijningen:

'States parties should (...) take specific and effective measures to prevent the disappearance of individuals, something which unfortunately has become all too frequent and leads too often to arbitrary deprivation of life. Furthermore, States should establish effective facilities and procedures to investigate thoroughly cases of missing and disappeared persons in circumstances which may involve a violation of the right to life.'¹⁰⁶

De jurisprudentie van het EHRM is hierover uitvoeriger en gedetailleerder. Zij bevat ook tamelijk stringente eisen met betrekking tot de kwaliteit van zo'n onderzoek. Het EHRM leidt de onderzoeksverplichting voor de verdragsstaten af uit artikel 2 juncto artikel 1 EVRM en beperkt deze niet tot gevallen waarin specifiek om zo'n onderzoek gevraagd wordt door nabestaanden:

'The Court recalls that, according to its case-law, the obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alia, agents of the State (...). This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State. Nor is it decisive whether members of the deceased's family or others have lodged a formal complaint about the killing with the relevant investigatory authority. In the case under consideration, the mere knowledge of the killing on the part of the authorities gave rise *ipso facto* to an obligation under Article 2 of the Convention to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding the death.'¹⁰⁷

De onderzoeksverplichting heeft ook te maken met de effectiviteit van het verdrag: 'the general legal prohibition on arbitrary killing by agents of the State contained in Article 2 of the Convention would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities'.¹⁰⁸ Verder acht het EHRM dergelijke onderzoeken noodzakelijk om het vertrouwen in de overheid te bewaren:

106 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 6*, § 4.

107 O.m. EHRM 14 mei 2002, appl.no. 22876/93 (Semsî Onen/Turkey), § 87. Vgl. ook EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK), § 161 en EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Kaya/Turkey), § 105.

108 EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Kaya/Turkey), § 86.

‘Proper procedures for ensuring the accountability of agents of the State are indispensable in maintaining public confidence and meeting the legitimate concerns that might arise from the use of lethal force. Lack of such procedures will only add fuel to fears of sinister motivations, as is illustrated inter alia by the submissions made by the applicant concerning the alleged shoot-to-kill policy.’¹⁰⁹

Het EHRM meent dat door het instellen van een strafrechtelijke vervolging niet zonder meer wordt voldaan aan de onderzoeksplicht op grond van artikel 2: ‘there may be circumstances where issues arise that have not, or cannot, be addressed in a criminal trial and (...) Article 2 may require a wider examination’.¹¹⁰ Met name wordt daarmee bedoeld op het feit dat in een strafrechtelijk onderzoek alleen naar de specifieke rol van de verdachte wordt gekeken, terwijl de onderzoeksverplichting die voortvloeit uit artikel 2 een meer algemeen onderzoek vergt naar de verantwoordelijkheid van de overheid.

De specifieke eisen waaraan een onderzoek op grond van artikel 2 moet voldoen zijn in een reeks van EHRM-arresten, vooral in zaken waarin het Verenigd Koninkrijk of Turkije partij waren, uiteengezet. In het arrest *McKerr* zet het Hof de (cumulatieve) eisen op een rijtje.¹¹¹ De vorm waarin het onderzoek gegoten wordt kan van geval tot geval verschillen, maar belangrijk is allereerst dat de overheid het onderzoek uit eigen beweging moet instellen¹¹² en dat het moet worden uitgevoerd door mensen die niets te maken hebben met – laat staan ondergeschikt zijn aan – degenen die in het incident waren betrokken; bij voorkeur geschiedt het onderzoek door een speciaal voor dit doel ingestelde onafhankelijke instelling.¹¹³ In de tweede plaats worden door het EHRM inhoudelijke eisen gesteld aan het onderzoek. Daarbij is vooral van belang dat het onderzoek effectief moet zijn: het moet daadwerkelijk kunnen leiden tot een oordeel over de al dan niet rechtmatigheid van het overheids-optreden en tot identificatie en eventueel bestraffing van de verantwoordelijken.¹¹⁴ Dat vergt dat de onderzoekers door de autoriteiten voorzien worden van alle relevante bewijsmateriaal ‘including *inter alia* eye witness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death’.¹¹⁵ Bovendien moet het onderzoek met de

109 EHRM 4 mei 2001, *RJ&D* 2001-III (*McKerr/UK*), § 160.

110 *Idem*, § 137.

111 *Idem*, § 111-115.

112 EHRM 27 juni 2000, *RJ&D* 2000-VII (*Ilhan/Turkey*), § 63.

113 EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (*Güleç/Turkey*), § 81-82; EHRM 20 mei 1999, *RJ&D* 1999-III (*Ogur/Turkey*), § 91-92; EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (*Ergi/Turkey*), § 83-84.

114 EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (*Kaya/Turkey*), § 87.

115 EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (*Timurtas/Turkey*), § 109; EHRM 27 juni 2000, *RJ&D* 2000-VII (*Salman/Turkey*), § 106; EHRM 14 december 2000 (preliminary objections), appl.no. 22676/93 (*Gül/Turkey*), § 89.

nodige voortvarendheid worden uitgevoerd¹¹⁶ en moet er sprake zijn van voldoende openbaarheid van de procedure, waarbij niet alleen is vereist dat de naaste familieleden van de overledenen/vermisten in de procedure worden betrokken, maar ook dat beslissingen die in de loop van het onderzoek worden genomen terdege worden gemotiveerd en openbaar worden gemaakt.¹¹⁷

Uit artikel 2 EVRM vloeien derhalve stringente eisen voort ten aanzien van een onderzoek op nationaal niveau naar een eventuele schending van het recht op leven. Het EHRM heeft daarbij duidelijk gemaakt dat de onderzoeksverplichting mét alle strenge eisen geldt ongeacht de crisisomstandigheden in een bepaald gebied:

‘Neither the prevalence of violent armed clashes nor the incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective independent investigation is conducted into deaths arising out of clashes involving the security forces.’¹¹⁸

Deze opvatting van het EHRM impliceert mijns inziens dat de positive (onderzoeks)verplichting onder artikel 2 EVRM net zo goed *notstandsfest* is als de primaire onthoudingsverplichtingen onder dit artikel. Op zich is dit een logische opvatting: indien een bepaald verdragsartikel door het verdrag zelf als *notstandsfest* wordt aangemerkt, is er weinig reden om hierop een uitzondering te maken voorbepaalde verplichtingen onder het desbetreffende artikel.¹¹⁹

In diverse zaken construeert het EHRM ook een onderzoeksverplichting op grond van artikel 2 *juncto* artikel 13 EVRM (het recht op een effectief rechtsmiddel in geval van een vermeende schending van een door het EVRM beschermd recht). De crux bij artikel 13 is de vraag wanneer een rechtsmiddel als effectief kan worden aangemerkt. Warbrick vat de in de jurisprudentie op dit punt ontwikkelde standaarden als volgt samen:

‘[I]deally (but not necessarily) the process will be judicial, the avenue of redress must be accessible to the individual and the decision-maker must be capable of giving a decision which puts right the violation if the individual makes his case. Usually, these standards are met by some form of judicial review of public law powers within the State or by civil actions. Where positive obligations are at stake, the national [investigating – JPL] body should be in a position to order the author-

116 EHRM 2 september 1998, *RJ&D* 1998-IV (Yasa/Turkey), § 102-104; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Çakici/Turkey), § 80, 87 en 106; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Tanrikulu/Turkey), § 109; EHRM 18 maart 2000, *RJ&D* 2000-III (Mahmut Kaya/Turkey), § 106-107.

117 EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Güleç/Turkey), § 82; EHRM 20 mei 1999, *RJ&D* 1999-III (Ogur/Turkey), § 92; EHRM 14 december 2000 (preliminary objections), appl.no. 22676/93 (Gül/Turkey), § 93.

118 EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Kaya/Turkey), § 91; EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey), § 85 en 98.

119 Zij het dat hierbij wel enige kanttekeningen te plaatsen zijn, zie § 8.3.1.7 *infra*.

ities to take action. The signal development which emerges from the cases brought against Turkey which allege violations of Articles 2 and 3 is that Article 13 may, in some cases require the commencement of a criminal investigation, where individual wrongdoing contrary to Articles 2 or 3 is revealed by the investigatory obligations implied into those provisions. Where there are independent national courts to which the individual has access, the superior fact-finding capacity of such tribunals over the means available to the European Court is a further and significant factor in favour of a strong interpretation of States' obligations under Article 13.¹²⁰

Het EHRM heeft in de zaak *Ergi/Turkey* opgemerkt dat de onderzoeksverplichting op grond van artikel 13 verder gaat dan die op grond van artikel 2. De onderzoeksverplichting op grond van artikel 13 EVRM omvat volgens het Hof 'in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure'.¹²¹ De hierboven geanalyseerde jurisprudentie over een onderzoeksverplichting op basis van artikel 2 overziend kan echter naar mijn mening niet goed worden volgehouden dat er belangrijke verschillen zijn voor wat betreft de inhoud van het onderzoek al naar gelang de basis voor de onderzoeksverplichting gevonden wordt in artikel 2 dan wel artikel 13. De elementen die volgens het arrest *Ergi/Turkey* in het onderzoek aanwezig moeten zijn om de gang van zaken in overeenstemming met artikel 13 te laten zijn, worden in andere arresten gedestilleerd uit artikel 2 *sec.* Alleen wat betreft de follow up van het onderzoek, namelijk waar het gaat om het betalen van compensatie, is er een verschil tussen artikel 2 en 13. De betaling van compensatie wordt door het EHRM niet genoemd als element van de onderzoeksplicht onder artikel 2. Een ander verschil is uiteraard dat de onderzoeksverplichting op grond van artikel 2 *notstandsfeest* is, terwijl dat bij de verplichting ex artikel 13 EVRM in beginsel niet het geval is.

8.1.3.6 Dood als gevolg van handelingen in het kader van een (binnenlands) gewapend conflict of 'lawful acts of war'

In sommige gevallen kan de strijd tegen een terroristische groepering of een afscheidingsbeweging de vorm aannemen van een binnenlands of zelfs internationaal gewapend conflict. Zeker bij terroristische activiteiten die gericht zijn op 'mass destruction' is de grens tussen terrorismebestrijding in de vorm van ordehandhaving en terrorismebestrijding in de vorm van een gewapend conflict soms een vloeïende. De vraag die dan opkomt is welke normen in

120 Warbrick 2002, p. 310.

121 EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (*Ergi/Turkey*), § 91. Zo ook: EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (*Tanrikulu/Turkey*), § 119; EHRM 16 juli 2002, appl.no. 27602/95 (*Üklü Ekinci/Turkey*), § 157-159.

zo'n geval van toepassing zijn en of het doden van bepaalde personen dan wellicht aangemerkt kan worden als een 'lawful act of war' in de zin van artikel 15, tweede lid, EVRM.

Hoewel diverse Staten-partijen bij het EVRM sinds de inwerkingtreding van dit verdrag betrokken zijn geweest bij gewapende conflicten is er nog nimmer een zaak voor de ECieRM of het EHRM gekomen waarin een nadere interpretatie van het begrip 'war' of 'lawful act of war' aan de orde was. Een recente¹²² aanleiding voor een nadere interpretatie had gevormd kunnen worden door de zaak *Bankovic*. Deze zaak had betrekking op bombardementen op Belgrado uitgevoerd door de NAVO ten tijde van de Kosovo-crisis in 1999. Bij deze bombardementen werd ook een radiostation geraakt, waardoor diverse personen, voornamelijk technici en schoonmakers, om het leven kwamen. De klacht over onder meer schending van het recht op leven, gericht tegen alle NAVO-lidstaten die partij zijn bij het EVRM, werd door het EHRM echter niet-ontvankelijk verklaard aangezien het meende dat de betwiste feiten niet hadden plaatsgevonden binnen de rechtsmacht van de verdragspartijen en er dus op grond van artikel 1 geen aansprakelijkheid onder het EVRM aanwezig was.¹²³

In de literatuur wordt er doorgaans op gewezen dat van een 'war' in de zin van artikel 15 EVRM in ieder geval sprake zal zijn in geval van een officiële oorlogsverklaring of van een feitelijke betrokkenheid van een staat bij een internationaal gewapend conflict.¹²⁴ De vraag wat een 'lawful act of war' is, zal dan beoordeeld moeten worden aan de hand van de normen over geweldgebruik in het VN-Handvest en in het internationale humanitaire recht,

122 Een eerdere mogelijkheid had gevormd kunnen worden door de statenklacht van Cyprus tegen Turkije naar aanleiding van de Turkse bezetting van Noord-Cyprus in 1974 (ECieRM 10 juli 1976, appl.no. 6780/74 en 6950/75 (Cyprus/Turkey), § 315-356. In deze zaak was er een behoorlijke hoeveelheid bewijs van het doodschieten van groepen burgers en van verdwijningen. De ECieRM merkte op dat er 'very strong indications' waren van schendingen van art. 2 in 'a substantial number of cases', zonder enige aanwijzing van een mogelijke rechtvaardiging van het Turkse optreden o.g.v. de in art. 2 genoemde uitzonderingen. Vervolgens kwam de vraag aan de orde of het Turkse optreden eventueel aangemerkt moest worden als 'lawful acts of war'. Aangezien de ECieRM echter art. 15 EVRM in deze zaak in het geheel niet aan de orde achtte, kwam zij niet toe aan een antwoord op deze vraag en achtte zij art. 2 EVRM geschonden.

123 EHRM 12 december 2001, *RJ&D* 2001-XII (Bankovic and Others/Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Norway, Poland Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom), § 67-82. Op zich is de betekenis van de term 'jurisdiction' in artikel 1 EVRM niet beperkt tot het eigen grondgebied van de verdragsstaten (ECieRM 10 juli 1978 (ontv.besl.), *D&R* Vol. 13 (Cyprus/Turkey), p. 148-149; EHRM 26 juni 1992, *Series A* Vol. 240 (Drozd and Janousek/France and Spain), § 79). Staten kunnen bijvoorbeeld aansprakelijk zijn voor het optreden van militaire troepen die als bezettingmacht 'effectieve controle' uitoefenen op het grondgebied van een andere staat (EHRM 23 maart 1995, *Series A* Vol. 310 (Loizidou/Turkey), § 94). Volgens het EHRM ontbrak in de zaak *Bankovic* die 'effectieve controle'. Zie uitvoeriger over deze problematiek: Van der Velde 1997, p. 184-193.

124 O.m. Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 735.

onder meer de Geneefse Conventies uit 1949, de daarbij behorende Protocolen uit 1977 en de relevante normen van internationaal gewoonterecht.¹²⁵

Hoewel enkele Europese staten de afgelopen decennia te maken hebben gehad met een zeer gewelddadige strijd tegen terroristische groeperingen of afscheidingsbewegingen – waarbij in ieder geval op bepaalde momenten gediscussieerd kon worden of deze strijd niet de vorm had aangenomen van een binnenlands gewapend conflict¹²⁶ (het Verenigd Koninkrijk met de IRA, Turkije met de PKK) – is door de betreffende staten altijd ontkend dat het internationale humanitaire recht op deze situaties van toepassing zou zijn.¹²⁷ Cameron wijst er op dat één van de redenen hiervoor is dat staten willen vermijden door toepassing van humanitairrechtelijke normen bij te dragen

125 Zie o.m. Svensson-McCarthy 1998, p. 515 en Cameron 2000, p. 260. Vgl. ook Watkin 2004, p. 4. Svensson-McCarthy betoogt bovendien dat staten hun levensbenemend handelen slechts kunnen aanmerken als een 'lawful act of war' in de zin van artikel 15 EVRM, als zij een opschortingsverklaring onder het eerste lid van dit artikel hebben afgegeven. Aangezien zo'n opschortingsverklaring geen betrekking kan hebben op de verdragsverplichtingen op grond van het (niet-opschortbare) recht op leven, is dat niet zonder meer een voor de hand liggende voorwaarde.

126 Protocol II bij de Geneefse Conventies heeft betrekking op de bescherming van slachtoffers van een binnenlands gewapend conflict. In artikel 1 lid 1 van dit Protocol worden binnenlandse gewapende conflicten globaal omschreven als 'armed conflicts which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations'. Lid 2 van dit artikel geeft aan dat 'situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature' geen 'armed conflict' vormen. De vraag is of dit zo verstaan moet worden dat er voor een binnenlands gewapend conflict in de zin van het humanitaire recht altijd sprake zou moeten zijn van een complete burgeroorlog. Tijdens de voorbereiding van de Protocolen van 1977 door het Internationale Comité van het Rode Kruis (ICRC) werd door een commissie van experts aangegeven dat de aanwezigheid van een binnenlands gewapend conflict niet een kwestie zou moeten zijn die geheel werd overgelaten aan de willekeur van de Staten-partijen bij de Geneefse Conventies, maar 'gemeten' zou moeten worden aan de hand van min of meer objective maatstaven, zoals het collectieve karakter en de mate van organisatie van de gewapende vijandelijkheden. Factoren waarmee in dat verband rekening gehouden zou moeten worden waren volgens deze experts: de duur van een bepaald conflict, het aantal en de organisatie van de rebellerende strijdgroepen, de vestiging van deze strijdgroepen op een deel van het territorium van een bepaalde staat, de mate van onzekerheid en onveiligheid voor de burgers, de aanwezigheid van burgerslachtoffers en de door de overheid gehanteerde methoden om de orde te herstellen. Onder verwijzing hiernaar meent Zacklin 1976, p. 288-289, dat van een binnenlands gewapend conflict ook sprake kan zijn zonder dat sprake is van een volledige burgeroorlog. Rosas 1991, p. 168, meent daarentegen dat gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies en Protocol II (beide met normen voor binnenlandse gewapende conflicten) betrekking hebben op 'conflicts more or less reaching the intensity of a fully fledged civil war'.

127 Vgl. Reidy 1998, p. 516-517 en Rosas 1991, p. 169.

aan een versterking van de legitimiteit van de strijdende groeperingen.¹²⁸ De Straatsburgse organen hebben ook nog nooit enig standpunt ingenomen over de eventuele toepasbaarheid van bijvoorbeeld gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies of van Protocol II (waarin normen met betrekking tot binnenlandse gewapende conflicten zijn opgenomen) op de situatie in Noord-Ierland of Zuid-Oost Turkije.¹²⁹

Een hieraan gerelateerd punt is dat in de doctrine nog niet volledig helder uitgekristalliseerd is wanneer een terroristische aanslag – zeker als die geschiedt door een zogenaamde ‘non-state actor’ – kan worden aangemerkt als een ‘armed attack’ in de zin van artikel 51 VN-Handvest, zodat er met een beroep op het recht van zelfverdediging gewapenderhand op gereageerd mag worden door de aangevallen staat en eventuele bondgenoten (en dus normen van internationaal humanitair recht relevant worden). De aanslagen van 11 september 2001 in de Verenigde Staten werden door de VN-Veiligheidsraad en door vele andere staten wel als zodanig aangemerkt.¹³⁰ Bij kleinschaliger terroristische activiteiten is daarover echter meer discussie.¹³¹

Overigens brengt de toepasbaarheid van humanitairrechtelijke normen op crisissituaties die het niveau van een internationaal of binnenlands gewapend conflict hebben bereikt allerhande ingewikkelde vragen met zich over de afstemming van eventueel toepasbare mensenrechtennormen en humanitairrechtelijke normen.¹³² Diverse auteurs leiden uit de *Advisory Opinion* van het Internationaal Gerechtshof in de *Nuclear Weapons Case* af dat de vraag of sprake is geweest van een willekeurige, niet-noodzakelijke, levensbeneming in geval van een gewapend conflict bepaald moet worden aan de hand van

128 Cameron 2000, p. 261. Vgl. ook Watkin 2004, p. 7-8, Heintze 2002, p. 62-63 en Zacklin 1976, p. 289. De laatste wijst erop dat Frankrijk, ondanks de betrokkenheid van 400.000 Franse militairen bij de strijd in Algerije, pas in een zeer laat stadium van die burgeroorlog bereid was om de situatie aan te merken als een binnenlands gewapend conflict en dus gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies toe te passen.

129 Zij zouden hiertoe een mogelijkheid hebben aangezien art. 15 lid 1 EVRM eist dat het grondrechtenopschortende overheidsoptreden in noodsituaties dient te geschieden in overeenstemming met de andere volkenrechtelijke verplichtingen die op de verdragsstaat rusten. Tot die andere verplichtingen worden met name de verplichtingen voortvloeiend uit het internationale humanitaire recht gerekend.

130 VN-Veiligheidsraad, Resolutie 1368 (12 september 2001). Dit was overigens niet alleen zo vanwege de grote hoeveelheid slachtoffers of de gehanteerde methoden om de aanslagen te plegen, maar vooral ook omdat het Amerikaanse ministerie van Defensie tot de aangevallen locaties behoorde.

131 Zie Watkin 2004, p. 4-5, die een beknopte samenvatting geeft van de discussie over het oordeel van het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua*-zaak, waarin het onderscheid maakt tussen ernstige en minder ernstige terroristische activiteiten en alleen de eerste categorie als ‘armed attack’ beschouwt. Internationaal Gerechtshof 27 juni 1986, *ICJ Reports* 1986 (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua – Nicaragua/United States), p. 14.

132 Zie o.m. Watkin 2004, p. 1-34; Neuman 2003, p. 283-287 en 296-298; Mégret 2003, p. 331-341; Weissbrodt & Hicks 1993, p. 120-138.

het internationale humanitaire recht als *lex specialis*.¹³³ Een belangrijk argument daarbij is dat het internationale humanitaire recht specifiekere normen bevat met betrekking tot bijvoorbeeld 'targeting questions'.¹³⁴ De vraag welke objecten een gerechtvaardigd doel vormen voor een militaire operatie, zoals een (lucht)bombardement of beschieting, en de vraag hoever de verplichting van de strijdende partijen reikt om burgers die niet aan de strijd deelnemen te ontzien wordt in de Vierde Geneefse Conventie en in de twee Protocolen bij de Geneefse Conventies inderdaad meer in detail beantwoord dan in de mensenrechtenverdragen en daarop gebaseerde jurisprudentie. Zo is in Protocol I, dat betrekking heeft op de bescherming van slachtoffers van een internationaal gewapend conflict, het algemene (gewoonterechtelijke) beginsel dat in een gewapend conflict onderscheid gemaakt moet worden tussen 'civilians' en 'combatants' en tussen 'civilian objects' and 'military objectives' en dat een gewapende aanval slechts gericht mag zijn tegen een militair doel niet alleen gecodificeerd (in artikel 48), maar ook nader uitgewerkt in regels met het oog op specifieke situaties en strijdmethoden.¹³⁵ In Protocol II gebeurt hetzelfde, zij het iets minder gedetailleerd, voor binnenlandse gewapende conflicten.¹³⁶

Aan de andere kant kan worden opgemerkt dat de EHRM-jurisprudentie over de toepassing van dodelijk geweld door veiligheidstroepen, zoals weergegeven in de voorgaande paragrafen, elementen en normen bevat die ontleend zijn aan het humanitaire recht.¹³⁷ Een aanzienlijk deel van de specifieke humanitairrechtelijke normen is inmiddels toegepast of geïncorporeerd binnen het EVRM-kader, zodat geen grote tegenstellingen meer aanwezig zijn tussen beide normstelsels.¹³⁸

8.1.3.7 Enkele slotopmerkingen

Van een *notstandsfest* recht als het recht op leven mag ook tijdens een oorlog of andere 'public emergency' niet worden afgeweken, dat is immers het wezen

133 Internationaal Gerechtshof 8 juli 1996, *ICJ Reports* 1996 (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons – Advisory Opinion), p. 226, § 25. Zie Watkin 2004, p. 16 en 22 en Heintze 2002, p. 64.

134 Watkin 2004, p. 15.

135 Zie art. 48-56 Protocol I. Zo verbiedt art. 51 o.m. 'acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population' (lid 2) en 'indiscriminate attacks', d.w.z. aanvallen waarbij geen onderscheid gemaakt wordt tussen militaire doelen en burgerdoelen, zoals luchtbombardementen op een hele stad indien zich daar enkele afzonderlijke militaire doelwitten bevinden (lid 4 en 5). Art. 54 is gericht op de bescherming van voorwerpen die onmisbaar zijn voor het overleven van de burgerbevolking en verbiedt in dit verband o.m. uithongering als een methode van oorlogsvoering en de vernietiging van zaken als voedselvoorraden, landbouwgebieden en drinkwaterinstallaties. Zie voor een beknopte beschrijving van deze regels: Peter 1998, p. 53-62.

136 Zie art. 13-18 Protocol II.

137 Reidy 1998, p. 525-528.

138 Heintze 2002, p. 71-76.

van de niet-opschortbaarheid. Het zou echter voorstelbaar zijn dat het bestaan van zo'n noodsituatie toch op enigerlei wijze van invloed is op de interpretatie van het betreffende recht.

Behalve de zaken over de doodstraf is de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité en het EHRM over het recht op leven grotendeels gerelateerd aan overheidsoptreden ter bescherming van de staatsveiligheid in crisissituaties. In veel gevallen betrof het zelfs overheidsoptreden dat had plaatsgevonden in het kader van een noodtoestand waarvoor de betreffende staat ook een beroep had gedaan op de opschortingsbepaling om diverse wel-opschortbare rechten in te perken (denk aan Peru, Colombia, Turkije). Er valt dus op geen enkele manier te constateren dat de verdragsorganen bij de interpretatie van het recht op leven verschil maken al naar gelang de (crisis)omstandigheden waaronder het overheidsoptreden (of -nalaten) plaatsvond. Sterker nog: zowel in normale als in crisissituaties komt een extensieve interpretatie van het recht op leven naar voren, waarbij in het recht op leven diverse 'nevenrechten', zoals een recht op een zorgvuldig onderzoek op nationaal niveau bij vermeende schending van het recht op leven (de zogenaamde procedurele dimensie van het recht op leven), een recht op een eerlijk proces in geval van een procedure die kan eindigen in oplegging van de doodstraf (voorzover het opleggen van de doodstraf al niet überhaupt verboden is) en een verbod op uitlevering in geval van bedreiging met de doodstraf, worden 'ingelesen'. Deze 'nevenrechten' krijgen daarmee een soort 'afgeleid niet-opschortbare status', waarop ik in § 8.2 *infra* nog nader zal ingaan.

Gezien de bovenstaande opmerking over het wezen van de niet-opschortbaarheid lijkt op voorhand duidelijk dat ook in een crisissituatie die het niveau van een (binnenlands) gewapend conflict heeft bereikt de niet-opschortbare mensenrechten – waaronder het recht op leven – uit het IVBPR en EVRM gewoon hun gelding houden en dus grenzen stellen aan het gebruik van (dodelijk) geweld. Geconstateerd is dat met name in de EHRM-jurisprudentie wordt benadrukt dat de strikte zorgvuldigheids- en onderzoekseisen die het Hof destilleert uit artikel 2 EVRM ook gelden in een situatie waarin gewapende vijandelijkheden plaatsvinden en slachtoffers vallen. Hoewel diverse auteurs aangeven dat er geen scherpe tegenstellingen zijn tussen de mensenrechtelijke en humanitairrechtelijke normen voor dit soort situaties, lijken de mensenrechtelijke eisen met betrekking tot de onderzoeksverplichting op basis van het recht op leven echter toch strikter te zijn dan die op grond van het humanitaire recht. De Vierde Geneefse Conventie en de twee Protocolen bevatten op dit punt veel baselere eisen. Hoewel de Straatsburgse jurisprudentie lijkt te indiceren dat dit wel het geval is, waag ik het te betwijfelen of de stringente onderzoekseisen die het EHRM destilleert uit artikel 2 EVRM onverkort toepasbaar zijn in het geval van een gewapend conflict van echt serieuze omvang, onder meer vanwege de omvang van de hoeveelheid slachtoffers en de feitelijke

onmogelijkheid om een openbaar en individueel onderzoek te verrichten terwijl nog gewapende vijandelijkheden plaatsvinden.¹³⁹

8.1.4 Het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling

8.1.4.1 Bevestiging van het niet-opschortbare karakter van het folterverbod

De Speciaal VN-Rapporteur inzake noodtoestanden en mensenrechten Despouy heeft gedurende zijn mandaatsperiode veel initiatieven ontplooid voor een nadere gedachteontwikkeling over de *notstandsfeste* rechten.¹⁴⁰ Een belangrijke ontwikkeling die hij signaleert is de bevestiging van de niet-opschortbaarheid van het verbod van foltering en onmenselijke behandeling in diverse specifieke verdragen op dit terrein die de afgelopen decennia tot stand zijn gekomen. Hij merkt dit aan als een belangrijke versterking van de bescherming van de *notstandsfeste* rechten, met name ten aanzien van het recht op fysieke, mentale en morele integriteit.¹⁴¹ Hieronder volgt een beknopt overzicht van de relevante bepalingen uit deze specifieke verdragen en overige ontwikkelingen waaruit de niet-opschortbaarheid van het folterverbod naar voren komt.

Het tweede lid van artikel 2 van het VN-Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing (in werking getreden in 1987) stelt: 'No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.' Het Inter-Amerikaanse Verdrag tegen foltering bevat in artikel 5 een vergelijkbare bepaling.¹⁴² Het Europees Verdrag ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (in werking getreden in 1989) bevat eigenlijk geen materiële normen – het verwijst hiervoor naar het EVRM – en heeft louter betrekking op het creëren van een extra (preventief) controlemechanisme (naast het EVRM-toezichtmechanisme). In dit verdrag vinden we derhalve geen bepaling over de niet-opschortbaarheid van het folterverbod terug. Wel spelen crisissituaties en noodtoestanden in dit verdrag in zoverre een rol, dat dergelijke omstandigheden voor de verdragsstaat een reden kunnen vormen voor

139 Vgl. Watkin 2004, p. 33.

140 Hij nam o.m. het initiatief tot de organisatie van diverse conferenties van internationale deskundigen over uitbreiding en versterking van de *notstandsfeste* rechten.

141 VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20, § 17; VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/23, § 14.

142 Dit artikel luidt:

The existence of circumstances such as a state of war, threat of war, state of siege or of emergency, domestic disturbance or strife, suspension of constitutional guarantees, domestic political instability, or other public emergencies or disasters shall not be invoked or admitted as justification for the crime of torture.

Neither the dangerous character of the detainee or prisoner, nor the lack of security of the prison establishment or penitentiary shall justify torture.

het maken van bezwaar tegen een voorgenomen bezoek door het Comité dat onder meer door onderzoek ter plekke (in gevangenissen en andere detentiecentra) toezicht houdt op de naleving van het folterverbod. Artikel 9, eerste lid, van het verdrag geeft aan dat:

'[i]n exceptional circumstances, the competent authorities of the Party concerned may make representations to the Committee against a visit at the time or to the particular place proposed by the Committee. Such representations may only be made on grounds of national defence, public safety, serious disorder in places where persons are deprived of their liberty, the medical condition of a person or that an urgent interrogation relating to a serious crime is in progress.'

Ook in *General Comment No. 20* van het VN-Mensenrechtencomité uit 1992, over het folterverbod van artikel 7 IVBPR, wordt de niet-opschortbaarheid van het folterverbod benadrukt. Het Mensenrechtencomité stelt dat de tekst van artikel 7 IVBPR geen beperkingen op het folterverbod toelaat en voegt daar aan toe dat:

'even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. (...) [N]o justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority.'¹⁴³

De laatste jaren ziet het Comité zich genoodzaakt om dit standpunt keer op keer te herhalen bij de bespreking van statenrapportages. Diverse regeringen blijken namelijk in de strijd tegen terroristische groeperingen die binnen hun land opereren te grijpen naar methoden die op zeer gespannen voet staan met het folterverbod. Zo merkte het Comité in 2002 in zijn *Concluding Observations* over het Egyptische rapport het volgende op:

'The Committee is aware of the difficulties that the State Party faces in its prolonged fight against terrorism, but recalls that no exceptional circumstances whatsoever can be invoked as a justification for torture, and expresses concern at the possible restrictions of human rights which may result from measures taken for that purpose.'¹⁴⁴

De EHRM-jurisprudentie over artikel 3 EVRM geeft een benadering te zien die identiek is aan die van het VN-Mensenrechtencomité. Een 'standaardoverweging' van het EHRM met betrekking tot het folterverbod is de volgende:

143 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 20*, § 3.

144 VN Doc. CCPR/CO/76/EGY (2002), § 4.

'Article 3 (...) enshrines one of the fundamental values of democratic society. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.'¹⁴⁵

In de periode na 11 september 2001 heeft het VN-Comité tegen Foltering, dat toezicht houdt op de naleving van de bepalingen van het VN-Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestrafing de verdragsstaten door middel van een speciale verklaring met nadruk gewezen op het niet-opschortbare karakter van een groot deel van de verplichtingen onder dit verdrag:

'The Committee against Torture reminds States parties to the Convention of the non-derogable nature of most of the obligations undertaken by them in ratifying the Convention.

The obligations contained in articles 2 (whereby "no exceptional circumstances whatsoever ... may be invoked as a justification of torture"), 15 (prohibiting confessions extorted by torture being admitted in evidence, except against the torturer), and 16 (prohibiting cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) are three such provisions and must be observed in all circumstances.

The Committee against Torture is confident that whatever responses to the threat of international terrorism are adopted by States parties, such responses will be in conformity with the obligations undertaken by them in ratifying the Convention against Torture.'¹⁴⁶

Het in de laatste alinea door het VN-Comité tegen Foltering uitgesproken vertrouwen in de verdragspartijen zal meer ingegeven zijn door diplomatieke voorkomendheid dan door een daadwerkelijke overtuigdheid. In § 9.2.2.3 *infra* zal ik nader stilstaan bij maatregelen op basis van de na 11 september 2001 tot stand gebrachte Britse antiterrorismewetgeving en rechterlijke beslissingen daarover die op bijzonder gespannen voet staan met het folterverbod zoals neergelegd in de bovengenoemde verdragen.

145 EHRM 26 november 1996, *RJ&D* 1996-IV (Aksoy/UK), § 62. Zie vrijwel gelijklopend: EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK), § 163; EHRM 7 juli 1989, *Series A* vol 161 (Soering/UK), § 88; EHRM 15 november 1996, *RJ&D* 1996-V (Chahal/UK), § 79; EHRM 24 april 1998, *RJ&D* 1998-II (Selçuk and Asker/Turkey), § 75; EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 218.

146 VN Doc. CAT/C/XXVII/Misc. 7 (22 november 2001).

8.1.4.2 De inhoud en reikwijdte van het folterverbod: enkele algemene aspecten

Om te kunnen beoordelen wat de consequenties zijn van de niet-opschortbaarheid van het verbod van foltering en onmenselijke behandeling of bestraffing zoals opgenomen in artikel 7 IVBPR en artikel 3 EVRM is het noodzakelijk om een overzicht te geven van hetgeen dit verbod inhoudt en tot welke handelingen of gedragingen het zich uitstrekt. Ik beperk mij daarbij echter tot een globale schets en concentreer mij op die elementen van het folterverbod die nadrukkelijk (kunnen) raken aan overheidsoptreden ter bescherming van de (staats)veiligheid. Dit betekent dat de aandacht hieronder in een aantal afzonderlijke subparagrafen vooral uitgaat naar ondervragingstechnieken en detentieomstandigheden, bestraffing, asielverlening, uitzetting en uitlevering. Alvorens hieraan toe te komen moet echter worden stilgestaan bij enkele definitiekwesties en enige algemene aspecten van het folterverbod zoals neergelegd in artikel 7 IVBPR en artikel 3 EVRM.

Fysiek en mentaal lijden

Het VN-Mensenrechtencomité heeft in *General Comment No. 20* een nadere indicatie gegeven van de inhoud en reikwijdte van het folterverbod. Het Comité stelt dat het verbod van artikel 7 IVBPR niet alleen betrekking heeft op handelingen die fysieke pijn veroorzaken, maar ook op 'acts that cause mental suffering to the victim'.¹⁴⁷ Dit is in overeenstemming met de definitie van foltering zoals die gegeven wordt in artikel 1 van het VN-Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing. Dit artikel definieert namelijk foltering als 'any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental (cursivering JPL), is intentionally inflicted on a person'.

Uit de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 3 EVRM blijkt dat ook onder dit artikel zowel fysiek als mentaal lijden in aanmerking genomen wordt. In haar rapport in de *Greek case* definieerde de ECieRM mentaal lijden als 'the infliction of mental suffering by creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault' en stelde zij dat voor foltering niet noodzakelijkerwijs een 'physical act or condition' vereist is.¹⁴⁸ In de zaak *X and Y/Netherlands* gaf de ECieRM aan dat 'mental suffering leading to acute psychiatric disturbances falls into the category of treatment prohibited by Article 3 of the Conven-

¹⁴⁷ Dit is in overeenstemming met de definitie van foltering zoals die gegeven wordt in art. 1 van het VN-Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing. Dit artikel stelt nl.: 'the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental (cursivering JPL), is intentionally inflicted on a person (...)',

¹⁴⁸ 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. 186.

tion', mits het veroorzaakte lijden zodanig ernstig is dat het binnen het bereik van artikel 3 komt.¹⁴⁹

Vereiste minimum-niveau van lijden, afhankelijkheid van concrete omstandigheden en 'glijdende schaal'

Het VN-Mensenrechtencomité geeft in *General Comment No. 22* niet precies aan welke vormen van behandeling of bestraffing als excessief en dus als onmenselijk of vernederend – of zelfs als foltering – aan te merken zijn. Eén en ander is volgens het Comité afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de 'nature, purpose and severity of the treatment applied'.¹⁵⁰ In de zaak *Vuolanne/Finland* stelde het Mensenrechtencomité dat de beoordeling afhankelijk is van 'all the circumstances of the case, such as the duration and manner of the treatment, its physical or mental effects as well as the sex, age and state of health of the victim'.¹⁵¹

Ook de Straatsburgse jurisprudentie maakt duidelijk dat de omstandigheden van een specifiek geval bepalend zijn voor de vraag of een bepaalde behandeling bestreken wordt door artikel 3 en of deze behandeling dan aangemerkt moet worden als onmenselijk en/of vernederend dan wel als foltering. In haar rapport in de *Greek case* stelde de ECieRM:

'It is plain that there may be treatment to which all these descriptions [degrading treatment, inhuman treatment, torture – JPL] apply, for all torture must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also degrading.'

De Commissie gaf daarbij zelf, uitgaande van het begrip 'inhuman treatment', de volgende specificaties aan:

'The notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which in the particular situation, is unjustifiable. The word "torture" is often used to describe inhuman treatment, which has a purpose, such as the obtaining of information or confession, or the infliction of punishment, and is generally an aggravated form of inhuman treatment. Treatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience.'¹⁵²

149 ECieRM 5 juli 1983 (rapport), vermeld in *Series A* Vol. 91, p. 22-23. In het EHRM-arrest in deze zaak wordt niet ingegaan op art. 3 EVRM, aangezien het Hof dit overbodig acht nadat het reeds heeft geconcludeerd tot een schending van art. 8.

150 *Idem*, § 4.

151 VN-Mensenrechtencomité 7 april 1989, comm.no. 265/1987 (*Vuolanne/Finland*), VN Doc. CCPR/C/35/D/265/1987, § 9.2.

152 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. 186.

In de zaak *Ireland/United Kingdom* baseerde de ECieRM zich in haar rapport opnieuw op deze omschrijving. Zij kwam daarbij unaniem tot het oordeel dat de door de Britse autoriteiten in Noord-Ierland toegepaste vijf ondervragings-technieken waarop de Ierse klacht met name betrekking had – te weten het gedurende lange tijd rechtop op hun tenen tegen de muur laten staan van de ondervraagden, het plaatsen van een zwarte zak over de hoofden van de ondervraagden, het blootstellen van de ondervraagden aan voortdurend lawaai, het onthouden van slaap en voldoende eten en drinken – ‘torture’ en ‘inhuman treatment’ in de zin van artikel 3 EVRM vormden.

Het arrest van het EHRM in deze zaak (uit 1978) geldt nog steeds als maatgevend met betrekking tot de betekenis van de begrippen ‘torture’ en ‘inhuman treatment’. Het Hof gaf in zijn arrest aan dat:

‘ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.’¹⁵³

Vervolgens constateerde het Hof:

‘The five techniques (...) were applied in combination, with premeditation and for hours at a stretch; they caused, if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the persons subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances during interrogation.’¹⁵⁴

Desalniettemin concludeerde het EHRM dat bij deze ondervragingstechnieken wel sprake was van ‘inhuman treatment’,¹⁵⁵ maar niet van ‘torture’. Het Hof gaf daarbij als onderscheidend element tussen beide aan, dat het bij ‘torture’

153 EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK), p. 65, § 162. In haar rapport in de *Greek case* merkte de ECieRM over de relatie tussen de vraag of een behandeling of straf onmenselijk of vernederend is en de omstandigheden van het concrete geval alsmede de op dat moment heersende opvattingen het volgende op: ‘It appears from the testimony of a number of witnesses that a certain roughness of treatment of detainees by both police and military authorities is tolerated by most detainees and even taken for granted (...). This underlines the fact that the point up to which prisoners and the public may accept physical violence as being neither cruel nor excessive, varies between different societies and even between different sections of them.’ 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. 501. Als voorbeeld van de ‘relativiteit’ van het folterverbod wordt in dit verband menigmaal aangehaald dat een behandeling die ten aanzien van een kind als foltering zou kunnen worden aangemerkt niet als zodanig gekwalificeerd zou hoeven worden indien toegepast ten aanzien van een volwassen en getrainde strijder of soldaat.

154 *Idem*, § 167.

155 En ook als ‘degrading treatment’. Zie *ibidem*: ‘The techniques were also degrading since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance.’

moet gaan om 'deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering'. Het meende dat de gewraakte ondervragingstechnieken 'did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood'.¹⁵⁶

In het arrest *Aksoy/Turkey* uit 1996 kwam het EHRM voor het eerst tot het oordeel dat bepaalde gedragingen jegens een gedetineerde verdachte als foltering moesten worden gekwalificeerd. De klager in deze zaak, die in december 1992 was gearresteerd in Zuid-Oost Turkije op verdenking van betrokkenheid bij de Koerdische afscheidingsbeweging PKK, stelde tijdens zijn ondervragingen ernstig te zijn mishandeld. Zijn armen zouden achter zijn rug zijn vastgebonden waarna hij, naakt en geblinddoekt, aan zijn polsen zou zijn opgehangen (de zogenaamde *Palestinian hanging*). Terwijl hij zo hing, zouden zijn ondervragers elektroden aan zijn geslachtsdelen hebben vastgemaakt en hem gedurende een periode van ongeveer een half uur stroomstoten hebben toegediend terwijl tegelijkertijd water over hem heen werd gegooid. Ook zou hij gedurende een periode van vier dagen regelmatig zijn geslagen. De mishandeling had geresulteerd in zenuwbeschadigingen en verlamningsverschijnselen in beide armen. Op basis van een feitenonderzoek ter plekke door een delegatie van de ECieRM achtte het Hof de mishandeling door *Palestinian hanging* voldoende aannemelijk (en in ieder geval op geen enkele wijze weerlegd door de Turkse regering)¹⁵⁷ en overwoog vervolgens hierover het volgende:

'In the view of the Court this treatment could only have been deliberately inflicted; indeed, a certain amount of preparation and exertion would have been required to carry it out. It would appear to have been administered with the aim of obtaining admissions or information from the applicant. In addition to the severe pain which it must have caused at the time, the medical evidence shows that it led to a paralysis of both arms which lasted for some time (...). The Court considers that this treatment was of such a serious and cruel nature that it can only be described as torture.'¹⁵⁸

Ook andersoortig optreden van de Turkse autoriteiten in het kader van de strijd tegen de PKK oordeelde het EHRM in strijd met artikel 3. Onder meer het platbranden door Turkse veiligheidstroepen van woningen en landerijen van diverse gezinnen in een Koerdisch dorp en het daarmee deze gezinnen beroven

156 *Ibidem*.

157 EHRM 18 december 1998, *RJ&D* 1996-VI (*Aksoy/Turkey*), § 23 en 61. In deze laatste paragraaf verwoordt het Hof zijn standaardjurisprudentie op dit punt: 'The Court (...), considers that where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation as to the causing of the injury, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention (see the *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, Series A no. 241-A, pp. 40-41, paras. 108-111 and the *Ribitsch v. Austria* judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, p. 26, para. 34).'

158 *Idem*, § 64.

van onderdak en mogelijkheden tot levensonderhoud werd door het Hof aangemerkt als onmenselijke of vernederende behandeling.¹⁵⁹

In de Straatsburgse jurisprudentie is derhalve sprake van een 'glijdende schaal' met betrekking tot de interpretatie van het folterverbod. De gewraakte behandeling of bestraffing dient te voldoen aan een 'minimum level of severity' wil die überhaupt binnen het bereik van artikel 3 komen (als 'inhuman' of 'degrading treatment') en pas in geval van een zeer wrede behandeling die ernstig fysiek of metaal lijden veroorzaakt is sprake van foltering in de zin van artikel 3. Dat neemt echter niet weg dat ook de minder ernstige vormen van onmenselijke of vernederende behandeling onder artikel 3 verboden zijn en schending van het verdrag opleveren. Verder is duidelijk dat artikel 3 in het geding kan zijn bij zowel 'continued conditions of treatment' als 'discrete incidents affecting an individual'.¹⁶⁰

Positieve verplichtingen, met name ten aanzien van onderzoek en rechtsherstel

Van belang is dat het folterverbod van artikel 7 IVBPR en artikel 3 EVRM méér met zich brengt dan de enkele verplichting voor de verdragsstaten om zich te onthouden van bepaalde gedragingen die fysieke pijn of mentaal lijden kunnen veroorzaken.¹⁶¹ Het VN-Mensenrechtencomité heeft aangegeven dat uit artikel 7 IVBPR ook positieve verplichtingen voortvloeien tot het treffen van maatregelen die kunnen en moeten bijdragen aan de voorkoming van overtreding van het folterverbod, zowel door overheidsfunctionarissen als door derden.¹⁶² In de eerste plaats dient foltering en onmenselijke behandeling of bestraffing bij wet te worden verboden en strafbaar gesteld.¹⁶³ Ten tweede wijst het Comité erop dat

'keeping under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment is an effective means of preventing cases of torture and ill-treatment'.

159 EHRM 8 januari 2004, appl.no 23656/94 (Ayder/Turkey), § 109-111. Zie voor een vergelijkbaar geval: EHRM 16 november 2000, appl.no. 23819/94 (Bilgin/Turkey), § 89-9; EHRM 30 januari 2001, appl.no. 25801/94 (Dulas/Turkey), § 9-20.

160 Warbrick 2002, p. 294-295. Zie voor een overzicht van de relevante jurisprudentie Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 309-315 en Evans & Morgan 1998, p. 69-105.

161 Een onthoudingsverplichting die o.m. ingevuld en versterkt wordt door de verplichting voor de verdragsstaten om te verzekeren dat 'any places of detention be free from any equipment liable to be used for inflicting torture or ill-treatment'. *General Comment No. 20*, § 11.

162 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 20*, § 2: 'It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity.'

163 *Idem*, § 8.

In de derde plaats dient ook het gebruik in juridische procedures van verklaringen of bekentenissen die zijn verkregen door foltering of anderszins onmenselijke behandeling bij wet te worden verboden.¹⁶⁴ Ten vierde moet het nationale rechtsstelsel voorzien in adequate mogelijkheden om te komen tot rechtsherstel in geval van schending van het folterverbod, in de woorden van het Mensenrechtencomité: 'The right to lodge complaints against maltreatment prohibited by article 7 must be recognized in the domestic law. Complaints must be investigated promptly and impartially by competent authorities so as to make the remedy effective.'¹⁶⁵

Met betrekking tot dit laatste punt geeft de EHRM-jurisprudentie blijk van een gelijke opvatting. Volgens het EHRM brengt artikel 3, in samenhang met artikel 1 EVRM, mee dat de Staat, indien iemand beweert gefolterd te zijn door politie of andere autoriteiten, een doeltreffend officieel onderzoek moet instellen met het oog op de identificatie en bestraffing van de daders:

'[W]here an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in – [the] Convention", requires by implication that there should be an effective official investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible (...). If this were not the case, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity.'¹⁶⁶

In sommige zaken construeert het EHRM ditzelfde standpunt via een andere weg, namelijk via de combinatie van artikel 3 en artikel 13 EVRM:

'The nature of the right safeguarded under Article 3 of the Convention has implications for Article 13. Given the fundamental importance of the prohibition of torture (...) and the especially vulnerable position of torture victims, Article 13 imposes, without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture.

Accordingly, as regards Article 13, where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the State, the notion of an "effective remedy" entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment

164 *Idem*, § 12. Zie ook art. 15 VN-Verdrag tegen foltering. In art. 3 EVRM is door het EHRM tot dusverre nog geen bewijsuitsluitingsregel ingelezen. Zie daarover Lawson 2004, p. 185.

165 *Idem*, § 14.

166 EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D* 1998-VII (Assenov/Bulgaria), § 102; EHRM 11 april 2000, appl.no. 32357/96 (Sevtap Veznedaroglu/Turkey), § 32.

of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure. It is true that no express provision exists in the Convention such as can be found in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a “prompt and impartial” investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed. However, in the Court’s view, such a requirement is implicit in the notion of an “effective remedy” under Article 13.¹⁶⁷

Daarbij geldt dan dat de ‘remedy’ die ter beschikking staat ‘must be “effective” in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State’.¹⁶⁸ Bovendien moet de betreffende (onderzoeks)procedure toegankelijk zijn voor degene die over de mishandeling geklaagd heeft.¹⁶⁹ Het Hof heeft er daarbij oog voor dat het bestaan van een noodsituatie in de zin van artikel 15 EVRM of het plaatshebben van gewapende strijd in het betreffende gebied de uitvoering van een dergelijke onderzoeksprocedure en het functioneren van het justitieel apparaat ernstig kunnen hinderen.¹⁷⁰ Dergelijke omstandigheden kunnen echter geen reden vormen voor het in het geheel niet verrichten van enig onderzoek. Indien de autoriteiten het voorkomen van met artikel 3 strijdige gedragingen door overheidsfunctionarissen simpelweg ontkennen en in gebreke blijven om enigerlei vorm van onderzoek te verrichten of enigerlei vorm van rechtsherstel te bieden, oordeelt het Hof dit zonder meer in strijd met artikel 3 juncto 13 EVRM.¹⁷¹

8.1.4.3 Bestrafing

De kwesties in de sfeer van strafoplegging die in verband met het folterverbod voor deze studie relevant zijn hebben betrekking op de toepassing van lijfstraffen, de verhouding tussen het gepleegde misdrijf en de opgelegde straf en de toepassing van de doodstraf.

167 EHRM 18 december 1998, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 98. Zie ook EHRM 28 juli 1999, *RJ&D* 1999-V (Selmouni/France), § 79 en EHRM 23 mei 2001, *RJ&D* 2001-V (Denizci/Cyprus), § 358. Vgl. EHRM 7 juli 1989, *Series A* Vol. 161 (Soering/UK), § 88.

168 EHRM 18 december 1996, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 95; EHRM 25 september 1997, *RJ&D* 1997-VI (Aydin/Turkey), § 103; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Tanrikulu/Turkey), § 117; EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (Timurtas/Turkey), § 111.

169 EHRM 8 januari 2004, appl.no. 23656/94 (Ayder/Turkey), § 126.

170 Zie o.m. EHRM 28 november 1997, *RJ&D* 1997-VIII (Mentes and others/Turkey), § 58, EHRM 16 september 1996, *RJ&D* 1996-IV (Akdivar and others/Turkey), § 70; EHRM 28 maart 2000, *RJ&D* 2000-III (Cemil Kiliç/Turkey), § 71-75; EHRM 28 maart 2000, *RJ&D* 2000-III (Mahmut Kaya/Turkey), § 94-98.

171 EHRM 28 november 1997, *RJ&D* 1997-VIII (Mentes and others/Turkey), § 59; EHRM 24 april 1998, *RJ&D* 1998-II (Selçuk and Asker/Turkey), § 68; EHRM 6 november 2002, appl.no. 25656/94 (Orhan/Turkey), § 392-397.

Lijfstraffen

Het verbod van artikel 7 IVBPR zich volgens het Mensenrechtencomité in *General Comment No. 20* ook uit tot 'corporal punishment, including excessive chastisement ordered as a punishment for a crime or as an educative or disciplinary measure' en dient het verbod in het bijzonder de bescherming van kinderen en leerlingen binnen onderwijsinstellingen en van patiënten in medische instellingen.¹⁷² Het gebruik van de term 'excessive' in de bovenstaande passage maakt het echter onduidelijk waar het Comité de grens trekt ten aanzien van lijfstraffen. Wel heeft het Comité tegenover diverse staten zijn zorgen uitgesproken over de toepassing van lijfstraffen.¹⁷³ Daarbij hebben diverse Comitéleden onder meer zweepslagen aangemerkt als 'an inappropriate form of punishment' waarvan zij zich afvroegen 'how this inhuman practice could be reconciled with the Covenant'. In een enkele individuele klachtprocedure heeft het Comité, in een overweging ten overvloede en onder verwijzing naar *General Comment No. 20*, de toepassing van lijfstraffen wel zonder meer als strijdig met artikel 7 IVBPR aangemerkt.¹⁷⁴ Klaarblijkelijk moet aan het gebruik van de term 'excessive' in het *General Comment* geen al te grote relativerende werking worden toegedicht.

Redelijke verhouding tussen misdrijf en opgelegde straf

Buiten de bovenstaande opmerkingen over lijfstraffen heeft het Mensenrechtencomité nog nooit strikte maatstaven geformuleerd met betrekking tot de hoogte van opgelegde straffen. Het Comité heeft wel duidelijk gemaakt dat er een redelijke verhouding dient te bestaan tussen het gepleegde misdrijf en de opgelegde straf, zonder daarbij echter *in extenso* in te gaan op vraag wat wel of niet redelijk is. Zo merkte het Comité in zijn *Concluding Observations* over de statenrapportage door Australië in 2000 het volgende op:

'Legislation regarding mandatory imprisonment in Western Australia and the Northern Territory, which leads in many cases to imposition of punishments that are disproportionate to the seriousness of the crimes committed and would seem to be inconsistent with the strategies adopted by the State party to reduce the overrepresentation of indigenous persons in the criminal justice system, raises serious issues of compliance with various articles of the Covenant.'¹⁷⁵

Uit de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 3 EVRM komt het zelfde beeld naar voren. Reeds in de vroege jurisprudentie heeft de ECieRM opgemerkt dat

172 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 20*, § 5.

173 Zie Svensson-McCarthy 1998, p. 428, met uitvoerige verwijzingen naar de relevante *Concluding Observations* van het VN-Mensenrechtencomité.

174 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1998, comm.no. 569/1993 (Patterson Matthews/Trinidad and Tobago), VN Doc. CCPR/C/62/D/569/1993, § 7.2.

175 VN Doc. A/55/40, § 498-528.

'an exceptionally harsh punishment for a trivial offence might raise a question under Article 3'.¹⁷⁶ Verder kunnen bijzondere omstandigheden waaronder de straf voltrokken wordt, zoals de condities op de plaats van detentie, maken dat een bepaalde straf in strijd komt met artikel 3 EVRM, hoewel de straf op zichzelf niet strijdig is met dit artikel.¹⁷⁷ De Straatsburgse organen laten de nationale autoriteiten ten aanzien van het systeem van strafoplegging en de hoogte van straffen echter een ruime 'margin of appreciation'.¹⁷⁸ Het enkele feit dat 'an offence is punished more severely in one country than in another does not suffice to establish that the punishment is inhuman or degrading'.¹⁷⁹ In het algemeen wordt een veroordeling tot levenslange gevangenisstraf niet als strijdig met artikel 3 EVRM aangemerkt.¹⁸⁰

In § 5.7.2.1 kwam reeds aan de orde dat juist ook in geval van veroordelingen vanwege misdrijven tegen de staatsveiligheid de hoogte van een opgelegde straf niet licht als strijdig met artikel 3 EVRM wordt aangemerkt. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat één van de conclusies die het EHRM verbonden heeft aan het absolute karakter van het folterverbod is dat 'it is never permissible to have recourse to punishments which are contrary to Article 3, whatever their deterrent effect may be'.¹⁸¹

Doodstraf

Ten aanzien van het opleggen van de doodstraf stelt het Comité in *General Comment No. 20* dat artikel 6 IVBPR 'refers generally to abolition of the death penalty in terms that strongly suggest that abolition is desirable' en dat in die gevallen waarin een staat toch nog de doodstraf oplegt voor de meest ernstige misdaden de tenuitvoerlegging van deze straf niet alleen dient te geschieden in overeenstemming de vereisten van artikel 6, maar vanuit het perspectief van artikel 7 IVBPR ook op zodanige wijze dat deze gepaard gaat met 'the least possible physical and mental suffering'. In de zaak *C. Francis/Jamaica* uit 1995 heeft het Comité opgemerkt dat 'prolonged delays in the execution of a sentence of death do not *per se* constitute cruel, inhuman or degrading treatment', maar dat niettemin elke afzonderlijke zaak

'must be considered on its own merits, bearing in mind the imputability of delays in the administration of justice on the State party, the specific conditions of im-

176 ECieRM 9 februari 1973, appl.no. 5471/72 (X/UK), *Coll.* vol 43, p. 160.

177 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 312.

178 *Ibidem*.

179 ECieRM 13 maart 1986, appl.no. 11017/84 (C/FRG), *D&R* Vol. 46, p. 181.

180 EHRM 2 maart 1987, *Series A* Vol. 114 (Weeks/UK), § 46 en 51.

181 EHRM 25 april 1978, *Series A* Vol. 26 (Tyrer/UK), § 31.

prisonment in the particular penitentiary and their psychological impact on the person concerned'.¹⁸²

In geval van 'bijkomende omstandigheden', zoals zeer slechte condities in de betreffende gevangenis, een zeer slechte behandeling door de bewakers of een ernstig verslechterende gezondheidstoestand van de betrokkene kan een lange wachttijd tot de voltrekking van een doodvonnis wel tot een schending van artikel 7 leiden.¹⁸³

In de Straatsburgse jurisprudentie zijn opnieuw identieke lijnen te herkennen. In het arrest *Soering/United Kingdom* stelde het EHRM dat het EVRM als één geheel moet worden gelezen en dat artikel 3 dus geïnterpreteerd moet worden in overeenstemming met artikel 2 (dat ruimte laat voor het opleggen en voltrekken van de doodstraf):

'On this basis Article 3 evidently cannot have been intended by the drafters of the Convention to include a general prohibition of the death penalty since that would nullify the clear wording of Article 2, paragraph 1.'¹⁸⁴

Het Hof voegde hier echter aan toe dat de omstandigheden waaronder een doodvonnis voltrokken wordt wel degelijk kunnen maken dat artikel 3 in het geding komt. Of dit het geval is, is dan afhankelijk van de specifieke omstandigheden in een concreet geval, de lengte van de detentie voordat het vonnis voltrokken wordt, de leefomstandigheden in de gevangenis gedurende die periode, de persoonlijke omstandigheden, leeftijd en psychische gesteldheid van de veroordeelde.¹⁸⁵

182 VN-Mensenrechtencomité 25 juli 1995, comm.no. 606/1994 (C. Francis/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/54/D/606/1994, § 9.1. Zie o.m. ook VN-Mensenrechtencomité 18 oktober 1995, comm.no. 373/1989 (Lennon Stephens/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/55/D/373/1989, § 9.4; VN-Mensenrechtencomité 22 maart 1996, comm.no. 588/1994 (Errol Johnson/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/56/D/588/1994, § 8.5 en VN-Mensenrechtencomité 21 oktober 2003, comm.no. 798/1998 (Floyd Howell/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/79/D/798/1998, § 6.3.

183 VN-Mensenrechtencomité 25 juli 1995, comm.no. 606/1994 (C. Francis/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/54/D/606/1994, § 9.1-9.2 en VN-Mensenrechtencomité 19 juli 1995, comm.no. 464/1991 en 482/1991 (G. and A. Pearl/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/54/D/464/1991 en 482/1991, § 11.6. Zie voor enkele gevallen waarin deze 'bijkomende omstandigheden' geacht werden te ontbreken en derhalve geen sprake was van strijd met art. 7: VN-Mensenrechtencomité 3 april 1995, comm.no. 541/1993 (E. Simms/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/53/D/541/1993, § 6.5; VN-Mensenrechtencomité 31 oktober 1994, comm.no. 539/1993 (K. Cox/Canada), VN Doc. CCPR/C/52/D/539/1993, § 17.1.

184 EHRM 7 juli 1989, *Series A* Vol. 161 (Soering/UK), § 103. Aanvullend argument voor het hof is dat de EVRM-verdragspartijen een apart (Zesde) Protocol hebben opgesteld tot uitbanning van de doodstraf in vreedstijd, zodat zij klaarblijkelijk menen dat alleen staten die dit Protocol ratificeren gehouden zijn aan afschaffing van de doodstraf. Zie ook EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 196-198.

185 EHRM 7 juli 1989, *Series A* Vol. 161 (Soering/UK), § 103.

Sinds het *Soering*-arrest uit 1989 hebben de ontwikkelingen met betrekking tot de afschaffing van de doodstraf in Europa echter niet stilgestaan en het EHRM is geneigd om daarmee rekening te houden aangezien het het EVRM beschouwt als een 'living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions' en accepteert dat 'the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies'.¹⁸⁶ In het arrest *Öcalan/Turkey* uit 2003 komt het EHRM weliswaar niet tot een scherpe stellingname over de verenigbaarheid van de doodstraf met het folterverbod, maar wel tot uitvoerige overwegingen over de verenigbaarheid van de doodstraf met het recht op leven (zie reeds § 8.1.3.2 *supra*) en concludeert het dat gezien de ontwikkelingen met betrekking tot uitbanning van de doodstraf in de statenpraktijk van de afgelopen decennia niet uitgesloten kan worden dat oplegging van de doodstraf in vreedstijd niet langer geoorloofd is. Direct daar achteraan stelt het EHRM dan dat '[a]gainst this background it can also be argued that the implementation of the death penalty can be regarded as inhuman and degrading treatment contrary to Article 3'.¹⁸⁷ Het EHRM meent derhalve dat er argumenten zijn om anno 2003 toepassing van de doodstraf zonder meer in strijd met artikel 3 EVRM te achten; een expliciet oordeel blijft echter achterwege aangezien het Hof van mening is dat er in casu bijkomende omstandigheden zijn die het opleggen van de doodstraf strijdig maken met artikel 3. *Öcalan* is tot de doodstraf veroordeeld door een *state security court* dat niet voldeed aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zoals neergelegd in artikel 6 EVRM (vanwege de aanwezigheid in dit gerecht van een militaire rechter).¹⁸⁸ Dit feit levert niet alleen een schending van artikel 6 op, maar ook van artikel 2 en 3 EVRM. Met betrekking tot dit laatste artikel overweegt het Hof:

'In the Court's view, to impose a death sentence on a person after an unfair trial is to subject that person wrongfully to the fear that he will be executed. The fear and uncertainty as to the future generated by a sentence of death, in circumstances where there exists a real possibility that the sentence will be enforced, must give rise to a significant degree of human anguish. Such anguish cannot be dissociated from the unfairness of the proceedings underlying the sentence which, given that

186 O.m. EHRM 28 juli 1999, *RJ&D 1999-V (Selmouni/France)*, § 101 en EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (*Öcalan/Turkey*), § 193. In § 106 van ditzelfde arrest stelt het Hof: '[I]n assessing whether a given treatment or punishment is to be regarded as inhuman or degrading for the purposes of Article 3 it cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field (...). Moreover, the concepts of inhuman and degrading treatment and punishment have evolved considerably since the Convention came into force in 1950 and indeed since the Court's *Soering v. the United Kingdom* judgment in 1989.'

187 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (*Öcalan/Turkey*), § 198.

188 Zie over deze problematiek § 5.7.2.3 *supra*.

human life is at stake, becomes unlawful under the Convention. Having regard to the rejection by the Contracting Parties of capital punishment, which is no longer seen as having any legitimate place in a democratic society, the imposition of a capital sentence in such circumstances must be considered, in itself, to amount to a form of inhuman treatment.¹⁸⁹

Het feit dat Turkije reeds sinds 1984 een moratorium ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de doodstraf kent doet hier volgens het Hof niet aan af. In een eerdere zaak vormde dit moratorium voor de ECieRM nog een reden om artikel 3 niet geschonden te achten.¹⁹⁰ Het Hof meent echter dat onder meer de bijzondere positie van PKK-leider Öcalan als volksvijand nr. 1 in Turkije en het feit dat hij ook op andere punten anders behandeld wordt dan andere veroordeelden (bijvoorbeeld gevangenhouding in afzondering op een eiland voor de Turkse kust), maken dat hij er niet zonder meer vanuit kon gaan dat ook met betrekking tot zijn doodvonnis het moratorium gehandhaafd zou blijven. Tegen deze achtergrond acht het Hof oplegging van de doodstraf in strijd met artikel 3 EVRM.¹⁹¹

De consequentie van deze redenering van het EHRM is, dat het recht op een eerlijk proces – althans de eis van berechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht van artikel 6 lid 1 EVRM – in zaken die leiden tot oplegging van de doodstraf een niet-opschortbare status heeft. Schending van dit recht levert immers strijd met het *notstandsfeste* artikel 3 EVRM op.

8.1.4.4 Detentieomstandigheden en ondervragingstechnieken

Vanuit het perspectief van het verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing wordt zowel door het VN-Mensenrechtencomité als door het EHRM met een grote regelmaat aandacht besteed aan de omstandigheden waaronder gedetineerden worden vastgehouden. Het Mensenrechtencomité benadrukt in zijn *General Comment No. 20* in de eerste plaats dat ‘keeping under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment’ een effectieve manier is om gevallen van foltering of mishandeling van gedetineerden te voorkomen. Ook meent het Comité dat om een effectieve bescherming van gedetineerden te garanderen

‘provisions should be made for detainees to be held in places officially recognized as places of detention and for their names and places of detention, as well as for

189 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 207.

190 ECieRM 5 september 1994 (rapport), appl.no. 17864/91 (Çinar/Turkey), *D&R* Vol. 79, p. 5.

191 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 210-213.

the names of persons responsible for their detention, to be kept in registers readily available and accessible to those concerned, including relatives and friends'.¹⁹²

Verder dient de tijd en plaats van elke ondervraging op enigerlei wijze te worden vastgelegd, alsmede de namen van alle bij het verhoor aanwezigen. Deze informatie moet beschikbaar zijn 'for purposes of judicial or administrative proceedings'.¹⁹³

Het VN-Mensenrechtencomité betreft bij zijn beoordeling van detentieomstandigheden veelal ook het recht op een behandeling met menselijkheid en eerbied voor de inherente waardigheid van de menselijke persoon, zoals dit door artikel 10 IVBPR wordt gegarandeerd aan alle personen die van hun vrijheid zijn beroofd.¹⁹⁴ In dit kader zijn onder meer ranselpartijen door gevangenisbewakers, het onthouden van noodzakelijke medische hulp na opgelopen verwondingen en het vijf dagen onafgebroken geboeid en geblinddoekt in een cel vastgeketend zitten als een schending van artikel 7 en 10 IVBPR aangemerkt.¹⁹⁵

In een enkel geval merkte het Comité een combinatie van fysieke mishandeling van een gedetineerde met het onthouden van voedsel gedurende vijf aaneengesloten dagen echter niet aan als een schending van artikel 7, maar wel als een schending van artikel 10 IVBPR.¹⁹⁶ Naar aanleiding van deze zaak merkt Svensson-McCarthy terecht op dat 'it is difficult to understand why such a long deprivation of food would not, per se, constitute a treatment contrary to Art. 7'.¹⁹⁷ In een latere zaak heeft het Mensenrechtencomité de combinatie van fysieke mishandeling, onthouding van voedsel gedurende diverse dagen en weigering van medische hulp weer wel als een schending van zowel artikel 7 als artikel 10 lid 1 IVBPR aangemerkt.¹⁹⁸

Het Mensenrechtencomité is in de loop der jaren geconfronteerd met een groot aantal individuele klachten over *incommunicado* detentie – dat wil zeggen detentie waarbij de gedetineerde geen enkel contact meer heeft met de buitenwereld, dus ook niet met zijn raadsman of familie – en opsluiting in isolatie.

192 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 20*, § 11.

193 *Ibidem*.

194 In § 2 van *General Comment No. 20* merkt het VN-Mensenrechtencomité artikel 10 lid 1 IVBPR aan als een bepaling waaruit positieve verplichtingen voor de verdragsstaten voortvloeien die complementair zijn aan het verbod van artikel 7 IVBPR.

195 VN-Mensenrechtencomité 1 november 1991, comm.no. 240/1987 (W. Collins/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/43/D/240/1987, § 8.7; VN-Mensenrechtencomité 30 maart 1992, comm.no. 270/1988 en 271/1988 (R. Barrett and C. Sutcliffe/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/44/D/271/1988, § 8.6; VN-Mensenrechtencomité 26 maart 1992, comm.no. 277/1988 (T. Jijón/Ecuador), VN Doc. CCPR/C/44/D/277/1988, § 8.6.

196 VN-Mensenrechtencomité 26 maart 1992, comm.no. 289/1988 (D. Wolf/Panama), VN Doc. CCPR/C/44/D/289/1988, § 6.7.

197 Svensson-McCarthy 1998, p. 419.

198 VN-Mensenrechtencomité 8 juli 1994, comm.no. 414/1990 (P.J. Mika Miha/Equatorial Guinea), VN Doc. CCPR/C/51/D/414/1990, § 6.4.

Dergelijke zaken hebben ook bij de bespreking van statenrapportages altijd de bijzondere aandacht van het comité, aangezien in dit soort situaties menigmaal gevallen van foltering of verdwijning plaatsvinden. In *General Comment No. 20* merkt het Comité wel op dat '[p]rovisions should also be made against incommunicado detention',¹⁹⁹ maar gaat het niet zo ver om *incommunicado* detentie, vanwege de bijzondere gevaren die deze vorm van detentie oplevert voor de gedetineerde, per definitie strijdig met artikel 7 IVBPR te oordelen. Ten aanzien van opsluiting in isolatie stelt het Comité dat '*prolonged* [cursivering JPL] solitary confinement of the detained or imprisoned person may amount to acts prohibited by Article 7'.²⁰⁰ Hieruit kan afgeleid worden dat kortdurende opsluiting in isolatie door het Comité geaccepteerd wordt als een maatregel die in bepaalde gevallen noodzakelijk kan zijn en dan niet in strijd komt met artikel 7 IVBPR. Dit alles neemt echter niet weg dat het Mensenrechtencomité zowel met betrekking tot situaties van *incommunicado* detentie als situaties van detentie in een isoleercel in vele door middel van een individuele klachtprocedure aan het Comité voorgelegde gevallen tot het oordeel is gekomen dat artikel 7 en 10 IVBPR geschonden waren, veelal mede vanwege de slechte omstandigheden waaronder de detentie had plaatsgevonden of de wrede behandeling door bewakers.²⁰¹

Illustratief is de zaak *Polay Campos/Peru* uit 1997, een zaak waarin de klager gedetineerd was geweest op verdenking van terroristische activiteiten. Hierin overweegt het Mensenrechtencomité dat de combinatie van *incommunicado* detentie, een onverlichte cel en een zeer lage omgevingstemperatuur een schending van de menselijke waardigheid oplevert:

'Victor Polay Campos was detained incommunicado from the time of his arrival at the prison in Yanamayo until his transfer to the Callao Naval Base detention centre. The State party has not refuted this allegation; nor has it denied that Mr. Polay Campos was not allowed to speak or to write to anyone during that time, which also implies that he would have been unable to talk to a legal representative, or that he was kept in his unlit cell for 23 and a half hours a day in freezing temperatures. In the Committee's opinion, these conditions amounted to a violation of article 10, paragraph 1, of the Covenant.'²⁰²

De lange duur van de detentie zonder mogelijkheden tot bezoek door familie (meer dan een jaar) in combinatie met een volledige blokkade van het versturen

199 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 20*, § 11.

200 *Idem*, § 6.

201 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie hierover: Svensson-McCarthy 1998, p. 420-425. Incidenteel merkt het Comité *incommunicado* detentie ook aan als een schending van art. 9 lid 4 (recht van habeas corpus) en art. 14 lid 3 sub b IVBPR (het recht op contact met een raadsman van eigen keuze); *idem*, p. 424.

202 VN-Mensenrechtencomité 6 november 1997, comm.no. 577/1994 (*Polay Campos/Peru*), VN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994, § 8.4.

en ontvangen van correspondentie wordt door het Mensenrechtencomité als een vorm van onmenselijke behandeling aangemerkt:

'As to the detention of Victor Polay Campos at Callao, it transpires from the file that he was denied visits by family and relatives for one year following his conviction, i.e. until 3 April 1994. Furthermore, he was unable to receive and to send correspondence. The latter information is corroborated by a letter dated 14 September 1993 from the International Committee of the Red Cross to the author, which indicates that letters from Mr. Polay Campos' family could not be delivered by Red Cross delegates during a visit to him on 22 July 1993, since delivery and exchange of correspondence were still prohibited. In the Committee's opinion, this total isolation of Mr. Polay Campos for a period of a year and the restrictions placed on correspondence between him and his family constitute inhuman treatment within the meaning of article 7 and are inconsistent with the standards of human treatment required under article 10, paragraph 1, of the Covenant.²⁰³

Datzelfde geldt voor de, door de Peruaanse regering niet weerlegde, klacht dat Campos in een cel van twee bij twee meter wordt vastgehouden en per dag slechts tien minuten daglicht kan zien:

'As to Mr. Polay Campos' general conditions of detention at Callao, the Committee has noted the State party's detailed information about the medical treatment Mr. Polay Campos has received and continues to receive, as well as his entitlements to recreation and sanitation, personal hygiene, access to reading material and ability to correspond with relatives. No information has been provided by the State party on the claim that Mr. Polay Campos continues to be kept in solitary confinement in a cell measuring two metres by two, and that apart from his daily recreation, he cannot see the light of day for more than 10 minutes a day. The Committee expresses serious concern over the latter aspects of Mr. Polay Campos' detention. The Committee finds that the conditions of Mr. Polay Campos' detention, especially his isolation for 23 hours a day in a small cell and the fact that he cannot have more than 10 minutes sunlight a day, constitute treatment contrary to article 7 and article 10, paragraph 1, of the Covenant.²⁰⁴

In *General Comment No. 29* geeft het Mensenrechtencomité nog een extra gewicht aan het recht van gedetineerden op respect voor hun menselijke waardigheid. Volgens het Mensenrechtencomité is artikel 10 IVBPR, hoewel dit artikel niet is opgenomen in de reeks notstandsfeste rechten van artikel 4, tweede lid, IVBPR, desalniettemin als niet-opschortbaar aan te merken, vooral vanwege de nauwe relatie tot het verbod van onmenselijke behandeling van het wel *notstandsfeste* artikel 7:

203 *Idem*, § 8.6.

204 *Idem*, § 8.7.

'All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person. Although this right, prescribed in article 10 of the Covenant, is not separately mentioned in the list of non-derogable rights (...), the Committee believes that here the Covenant expresses a norm of general international law not subject to derogation. This is supported by the reference to the inherent dignity of the human person in the preamble to the Covenant and by the close connection between articles 7 and 10.'²⁰⁵

Hoewel het EHRM in zijn jurisprudentie niet expliciet spreekt over impliciet of afgeleid *notstands*rechten ten aanzien van detentieomstandigheden, bevatten diverse arresten van het EHRM elementen die vergelijkbaar zijn met de opstelling van het VN-Mensenrechtencomité in de *Polay Campos*-zaak en in *General Comment No. 29*. Zo benadrukt het Hof in het arrest *Öcalan/Turkey* uit 2003 dat:

'under Article 3 of the Convention the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance (...).

The Court notes also that complete sensory isolation, coupled with total social isolation can destroy the personality and constitutes a form of inhuman treatment which cannot be justified by the requirements of security or any other reason.'²⁰⁶

Deze laatste zin sluit aan bij het algemene uitgangspunt van het EHRM met betrekking tot het absolute karakter van artikel 3 EVRM zoals dat in eerdere jurisprudentie werd geformuleerd: het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling geldt 'irrespective of the victim's conduct'.²⁰⁷ Dit algemene uitgangspunt lijkt natuurlijk zeer voor de hand liggend nu artikel 3 geen beperkings- of uitzonderingsclausule kent en bovendien op grond van artikel 15, tweede lid, een niet-opschortbare status heeft. Desalniettemin is het van groot belang. Zoals hierboven reeds opgemerkt is een ander uitgangspunt van het EHRM immers dat een behandeling moet voldoen aan een 'minimum level of severity', wil deze binnen het bereik van artikel 3 komen. De loskoppeling van de gedragingen van het slachtoffer en de behandeling in strijd met artikel 3 betekent dat door het slachtoffer gepleegde misdrijven ook geen invloed kunnen hebben op het al dan niet bereiken van dit 'mimum

205 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), § 13.

206 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (*Öcalan/Turkey*), § 231-232. Zie voor de laatste zin ook reeds ECieRM 8 juli 1978 (ontv.besl), appl.nos. 7572/76, 7586/76 en 7587/76 (Ensslin, Baader and Raspe/FRG), *D&R* Vol. 14, p. 80.

207 EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK), p. 65, § 162.

level of severity'. Met name in noodsituaties die de staatsveiligheid ernstig bedreigen kan dit een belangrijke aanvulling op of invulling van het verbod van artikel 3 EVRM vormen:

'[T]he view that the victim's conduct has no impact on the states' responsibilities under Art. 3 is of fundamental importance at all times, but perhaps particularly in public emergencies and other less serious crisis situations, such as internal disturbances or sporadic terrorist activities, because it is precisely in such situations that the temptation may be the greatest to try to use force in order to extract information from persons arrested or detained on suspicion of having violated the law.'²⁰⁸

Gedragingen van een gedetineerde tijdens zijn detentie kunnen wel relevant zijn voor het antwoord op de vraag of geweldgebruik tegen deze gedetineerde geoorloofd is. Op dit punt is het standpunt van het EHRM namelijk het volgende:

'In respect of a person deprived of his liberty, *recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct* [cursivering JPL] diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3.'²⁰⁹

Klaarblijkelijk (en logischerwijs) aanvaardt het EHRM gebruik van enige mate van geweld tegen gedetineerden die zelf amok maken of bijvoorbeeld trachten te ontsnappen. Dit geweld mag echter niet verder gaan dan noodzakelijk is om de rust, orde en veiligheid in het detentiecentrum te herstellen. Het verbod op geweldgebruik dat niet noodzakelijkerwijs voortvloeit uit het gedrag van de betreffende gedetineerde betekent ook dat in ondervragingssituaties door de ondervragers geen toevlucht tot fysiek geweld gezocht mag worden.²¹⁰ Voorbeelden van ondervragingstechnieken die door het EHRM in strijd met artikel werden geoordeeld kwamen in § 8.1.4.2 *supra* reeds aan de orde: de 'five techniques' die in het arrest *Ireland/United Kingdom* als onmenselijke en vernederende behandelingen werden aangemerkt en de extreme mishandeling die in de zaak *Aksoy/Turkey* als foltering werd beoordeeld. Sinds het arrest *Aksoy/Turkey* uit 1996 zijn in enkele volgende Turkse zaken andere vormen van mishandeling aangemerkt als foltering, onder meer het naakt en geblind-

208 Svensson-McCarthy 1998, p. 517.

209 O.m. EHRM 4 december 1995, *Series A* Vol. 336 (Ribitsch/Austria), § 34-35; EHRM 9 juni 1998, *RJ&D* 1998-IV (Tekin/Turkey), § 52-53; EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D* 1998-VIII (Assenov/Bulgaria), § 94. EHRM 28 juli 1999, *RJ&D* 1999-V (Selmouni/France), § 99.

210 Onder het IVBPR beschouwt het VN-Mensenrechtencomité geweldgebruik in ondervragingssituaties overigens niet alleen als een schending van het folterverbod van artikel 7 IVBPR, maar ook als een schending van art. 14 lid 3 sub g IVBPR, dat stelt dat 'no one shall be compelled to testify against himself or to confess guilt'. Zie VN-Mensenrechtencomité 22 maart 1996, comm.no. 588/1994 (Errol Johnson/Jamaica), VN Doc. CCPR/C/56/D/588/1994, § 8.7.

doekt in detentie houden van een minderjarige vrouw en verkrachting van deze vrouw gedurende haar detentie.²¹¹ Verder zijn het blootstellen aan extreem lage temperaturen in combinatie met het toebrengen van harde slagen gedurende detentie²¹² en het toebrengen van harde slagen, schoppen en elektrische schokken²¹³ aangemerkt als onmenselijke behandeling.

Opgemerkt moet worden dat het in het algemeen voor de gedetineerde moeilijk zal zijn om te bewijzen dat van excessief en niet-noodzakelijk geweldgebruik jegens hem sprake is geweest. Het EHRM meent evenwel dat op dit punt geen sprake hoeft te zijn van absoluut en onaantastbaar bewijs. In het arrest *Aksoy/Turkey* overweegt het Hof dat

‘where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation as to the causing of the injury, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention’.²¹⁴

Indien de staat geen plausible verklaring voor de verwondingen van een gedetineerde weet te leveren, is het EHRM geneigd de verklaring van de gedetineerde op dit punt voor juist te houden. Indien de staat een realistisch relaas aanvoert over gebeurtenissen die de verwondingen zouden hebben veroorzaakt zonder dat sprake zou zijn geweest van excessief geweldgebruik van de zijde van overheidsfunctionarissen zal het EHRM zich eerder conformeren aan de visie op de feiten zoals vastgesteld in de procedure voor de nationale rechter, voorafgaand aan de gang naar Straatsburg.²¹⁵

Hierboven werd reeds aangehaald dat het EHRM in het arrest *Öcalan/Turkey* heeft aangegeven dat ‘complete sensory isolation, coupled with total social isolation’ van een gedetineerde een vorm van onmenselijke behandeling oplevert. Het Hof achtte in de betreffende casus de omstandigheden waaronder Öcalan werd vastgehouden overigens niet zodanig dat sprake was van een dergelijke isolatie.²¹⁶ In eerdere zaken waarin werd geklaagd over de toepas-

211 Zie o.m. EHRM 25 september 1997, *RJ&D* 1997-VI (*Aydin/Turkey*), § 73 en 80-88;

212 EHRM 9 juni 1998, *RJ&D* 1998-IV (*Tekin/Turkey*), § 24 en 53-54

213 EHRM 23 mei 2001, *RJ&D* 2001-V (*Denizci/Cyprus*), § 384-387.

214 EHRM 18 december 1998, *RJ&D* 1996-VI (*Aksoy/Turkey*), § 61. Zie ook EHRM 27 augustus 1992, *Series A* Vol. 241-A (*Tomasi/France*), § 108-111 en EHRM 4 december 1995, *Series A* Vol. 336 (*Ribitsch/Austria*), § 34-35.

215 Dit kan afgeleid worden uit EHRM 22 september 1993, *Series A* Vol. 269 (*Klaas/Germany*), § 30. In dit arrest geeft het Hof aan dat, indien de nationale rechter tot het oordeel is gekomen dat door de klager niet-aannemelijk is gemaakt dat de politie bij zijn arrestatie meer geweld heeft gebruikt dan onder de gegeven omstandigheden noodzakelijk was, dit oordeel op internationaal niveau slechts marginaal wordt getoetst.

216 EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (*Öcalan/Turkey*), § 233-236. Uit § 233-235 van het arrest wordt duidelijk dat het Hof bij zijn standpuntbepaling ook oog heeft voor de bevindingen van het Europees Comité tegen foltering (CPT) m.b.t. de detentie van Öcalan. De redenen die de Turkse overheid aanvoert voor de detentie van Öcalan in afzondering als enige gevangenen in een gevangenis op een eiland voor de Turkse kust acht het Hof echter

sing van detentie in een isoleercel nam de ECieRM de positie in dit in beginsel onwenselijk is, in het bijzonder wanneer de gedetineerde in kwestie nog in voorarrest zit, en alleen is toegestaan in buitengewone gevallen. Daarbij achtte zij voor de vraag of van een onmenselijke of vernederende behandeling sprake is van doorslaggevende betekenis de striktheid en duur van de isolatiemaatregel, het doel waarvoor deze is opgelegd, alsmede de vraag of de betrokkene een bepaald minimum aan mogelijkheden tot menselijk contact zijn gelaten.²¹⁷ Het enkele verhinderen van contact tussen gedetineerden onderling levert, indien dit geschiedt om veiligheidsredenen of als disciplinaire maatregel, volgens de Straatsburgse organen geen onmenselijke behandeling op.²¹⁸

8.1.4.5 Asiel, uitzetting, uitlevering en het verbod van 'refoulement'

Met betrekking tot asielverlening en toelating van vreemdelingen geldt onder het EVRM het uitgangspunt dat de verdragsstaten het recht hebben 'to control the entry, residence and expulsion of aliens' en dat aan het EVRM en de daarbij behorende Protocollen geen recht op asiel kan worden ontleent.²¹⁹ Niettegenstaande dit uitgangspunt, heeft de ECieRM zich reeds in haar vroege jurisprudentie op het standpunt gesteld dat de uitzetting van vreemdelingen en de uitlevering van personen in buitengewone gevallen in strijd kunnen komen met artikel 3 EVRM, namelijk indien er serieuze redenen zijn om aan te nemen dat de betrokken persoon in de ontvangende staat onderworpen zal worden aan een behandeling die strijdig is met dit artikel.²²⁰ Dit standpunt ten aanzien van de interpretatie van artikel 3 EVRM betekent dat een staat die besluit

steekhoudend (§ 235): 'The Court notes the CPT's recommendations that the applicant's relative social isolation should not be allowed to continue for too long and that its effects should be attenuated by giving him access to television and to telephone communications with his lawyers and close relatives. However, it is also mindful of the Government's concerns that the applicant may seek to take advantage of communications with the outside world to renew contact with members of the armed separatist movement of which he was the leader. It cannot be said that these concerns are unfounded. An added consideration is the Government's fear that it would be difficult to protect the applicant's life in an ordinary prison.'

217 ECieRM 11 juli 1973 (ontv.besl.), appl.no. 6038/73 (X/FRG), *Coll.* Vol. 44, p. 119; ECieRM 30 mei 1975 (ontv.besl.), appl.no. 6166/73 (Baader, Meins, Meinhof and Grundmann/FRG), *Yearbook ECHR* 1975, p. 133-146; ECieRM 8 juli 1978 (ontv.besl.), appl.nos. 7572/76, 7586/76 en 7587/76 (Ensslin, Baader and Raspe/FRG), *D&R* Vol. 14, p. 64-80; ECieRM 16 december 1982 (ontv.besl.), appl.no. 8673/78 (Kröcher and Möller/Switzerland), *D&R* Vol. 34, p. 51-55. Zie voor een beknopt overzicht van de diverse maatregelen als onderdeel van het detentie-regime die door de ECieRM, gegeven de omstandigheden van de diverse gevallen, aanvaardbaar werden geacht: Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 318-319.

218 O.m. EHRM 8 juni 1999 (ontv.besl.), *RJ&D* 1999-V (Messina/Italy) en EHRM 12 maart 2003, appl.no. 46221/99 (Öcalan/Turkey), § 232.

219 Zie o.m. EHRM 30 oktober 1991, *Series A* Vol. 215 (Vilvarajah and others/UK), § 102.

220 Zie o.m. ECieRM 30 september 1974 (ontv.besl.), appl.no. 6315/73 (X/FRG), *D&R* Vol. 1, p. 75; ECieRM 6 oktober 1976 (ontv.besl.), appl.no. 7317/75 (Lynas/Switzerland), *D&R* Vol. 6, p. 152; ECieRM 17 december 1976 (ontv.besl.), *D&R* Vol. 7 (Agee/UK), p. 172;

tot uitzetting of uitlevering als het ware indirect verantwoordelijk wordt gehouden voor hetgeen in een andere staat met een grote mate van waarschijnlijkheid zou kunnen gebeuren en omvat in vreemdelingenrechtelijke termen een verbod van *refoulement*.

In het hierboven reeds aangehaalde *Soering*-arrest heeft het EHRM dit standpunt overgenomen. Deze zaak betrof de voorgenomen uitlevering door het Verenigd Koninkrijk van een Duitse man aan de Verenigde Staten, alwaar hij in de staat Virginia terecht zou moeten staan voor een dubbele moord, hoogstwaarschijnlijk tot de doodstraf zou worden veroordeeld en dan onderworpen zou worden aan het zogenaamde 'death row phenomenon'. De overwegingen van het Hof over de relatie tussen het opleggen van de doodstraf, de omstandigheden waaronder deze straf ten uitvoer wordt gelegd en de artikelen 2 en 3 EVRM werden in § 8.1.4.4 *supra* reeds weergegeven. De conclusie van het Hof was dat de in casu aanwezige combinatie van factoren inderdaad maakte dat artikel 3 in het geding was en strijd met dit artikel dreigde. Met een beroep op het bijzondere karakter van het EVRM als een verdrag 'for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms', hetgeen volgens het Hof vergt dat 'its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective', benadrukte het Hof dat 'any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with "the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society"'.²²¹ Deze benadering brengt volgens het Hof met zich dat aan de verplichtingen onder artikel 3 inherent is dat een verdragsstaat geen personen uitlevert aan een andere staat indien

'substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country'.²²²

In de zaken *Cruz Varas and others/Sweden* en *Vilvarajah and others/United Kingdom* besliste het EHRM dat de beginselen zoals geformuleerd in het *Soering*-arrest ook gelden in zaken met betrekking tot uitzetting van vreemdelingen.²²³ Uitzettingszaken verschillen echter in zoverre van uitleveringszaken dat in het laatste type zaken doorgaans met een grotere mate van zekerheid is vast te stellen of iemand een 'real risk' loopt op een behandeling die in strijd komt met het folterverbod. In het *Cruz Varas*-arrest bepaalde het EHRM dat de vraag 'whether substantial grounds have been shown for believing in the

ECieRM 19 mei 1994 (ontv.besl.), appl.no. 23159/94 (Dreshaj/Finland), *D&R* Vol. 77-A, p. 126-130.

221 EHRM 7 juli 1989, *Series A* Vol. 161 (*Soering/UK*), § 87.

222 *Idem*, § 91.

223 EHRM 20 maart 1991, *Series A* Vol. 201 (*Cruz Varas and others/Sweden*), § 68 en EHRM 30 oktober 1991, *Series A* Vol. 215 (*Vilvarajah and others/UK*), § 103-107.

existence of a real risk of treatment contrary to' artikel 3 EVRM bezien moet worden 'in the light of all the material placed before it, or, if necessary, material obtained *proprio motu*'.²²⁴ In het *Vilvarajah*-arrest voegde het daar aan toe dat de onderzoeksplicht die in dit verband op de uitzettende staat rust zodanig is dat het onderzoek naar het risico op een met artikel 3 strijdige behandeling gericht moet zijn op de *op het moment van uitzetting voorzienbare gevolgen* van de uitzetting voor de betrokkenen, zowel in het licht van de algemene situatie in het ontvangende land als in het licht van hun persoonlijke situatie (de ten aanzien van de betrokkenen bestaande 'special distinguishing features').²²⁵ De latere arresten *Chahal/United Kingdom* en *Ahmed/Austria* wijzen er echter op dat de aanwezigheid van 'special distinguishing features' ten aanzien van de betrokkenen geen absolute voorwaarde is: ook de algemene situatie in een land met betrekking tot het voorkomen van foltering en onmenselijke behandeling door bijvoorbeeld politie of veiligheidstroepen kan voldoende zijn voor honorering van een beroep op artikel 3.²²⁶ Het bestaan van een algemene situatie van geweld in een land, zoals in Colombia, is echter op zichzelf geen voldoende grond voor honorering van een beroep op artikel 3 EVRM.²²⁷

Ten slotte is van belang dat het EHRM in de zaken *Ahmed/Austria* en *H.L.R./France* heeft aangegeven dat het niet vereist is dat de onmenselijkheid van de situatie in het andere land toe te rekenen is aan een overheid. Artikel 3 'may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials'. In zo'n geval moet dan wel duidelijk zijn dat 'the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection'.²²⁸ Het Hof redeneert echter uiteindelijk dat het blootstellen aan het reële risico van een met artikel 3 strijdige behandeling geschiedt door de uitzettende verdragsstaat.²²⁹ Een ander belangrijk punt is dat het EHRM in het *Chahal*-arrest aangeeft dat het onderzoek van het Hof naar het bestaan van een 'real risk of ill-treatment' noodzakelijkerwijs 'a rigorous one' dient te zijn.²³⁰ Het Hof verricht een indringende toetsing en dit wetende dient ook de beoordeling door de nationale autoriteiten (en

224 EHRM 20 maart 1991, *Series A* Vol. 201 (Cruz Varas and others/Sweden), § 75.

225 EHRM 30 oktober 1991, *Series A* Vol. 215 (Vilvarajah and others/UK), § 107.

226 EHRM 15 november 1996, *RJ&D* 1996-V (Chahal/UK), § 104; EHRM 17 december 1996, *RJ&D* 1996-VI (Ahmed/Austria), § 44.

227 EHRM 29 april 1997, *RJ&D* 1997-III (H.L.R./France), § 41.

228 EHRM 17 december 1996, *RJ&D* 1996-VI (Ahmed/Austria), § 44; EHRM 29 april 1997, *RJ&D* 1997-III (H.L.R./France), § 40.

229 Op deze wijze kan ook terugzending naar een situatie waar adequate gezondheidszorg ontbreekt en daardoor ernstig lijden kan ontstaan in strijd komen met artikel 3, zie EHRM 2 mei 1997, *RJ&D* 1997-III (D/UK), over uitzetting van een AIDS-patiënt naar St. Kitts en EHRM 6 februari 2001, *RJ&D* 2001-I (Bensaid/UK), over uitzetting van psychiatrische patiënt naar Algerije. Vgl. ook VN-Mensenrechtencomité 28 oktober 2002, comm.no. 900/1999 (C/Australia), VN Doc CCPR/C/76/D/9000/1999.

230 EHRM 15 november 1996, *RJ&D* 1996-V (Chahal/UK), § 96.

de nationale rechter) van een beroep op artikel 3 door iemand die met uitzetting bedreigd wordt op indringende wijze te geschieden.²³¹

Het VN-Mensenrechtencomité geeft in zijn jurisprudentie in grote lijnen blijk van een zelfde standpunt als de Straatsburgse organen in kwesties rond uitlevering, uitzetting en het verbod van *refoulement*. Zo overwoog het in de zaak *Charles Chitat Ng/Canada* – waarin sprake was van de uitlevering van een Hongkong-Brit door Canada aan de Verenigde Staten, alwaar hem hoogstwaarschijnlijk de doodstraf door middel van vergassing wachtte (een methode die door het Comité als onmenselijk werd aangemerkt) – het volgende:

‘Article 2 of the Covenant requires States parties to guarantee the rights of persons within their jurisdiction. If a person is lawfully expelled or extradited, the State party concerned will not generally have responsibility under the Covenant for any violations of that person’s rights that may later occur in the other jurisdiction. In that sense, a State party clearly is not required to guarantee the rights of persons within another jurisdiction. However, if a State party takes a decision relating to a person within its jurisdiction, and the necessary and foreseeable consequence is that this person’s rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant. That follows from the fact that a State party’s duty under article 2 of the Covenant would be negated by the handing over of a person to another State (whether a State party to the Covenant or not) where treatment contrary to the Covenant is certain or is the very purpose of the handing over. For example, a State party would itself be in violation of the Covenant if it handed over a person to another State in circumstances in which it was foreseeable that torture would take place. The foreseeability of the consequence would mean that there was a present violation by the State party, even though the consequence would not occur until later on.’²³²

Volgens het Mensenrechtencomité is een ‘real risk’ op een met artikel 7 IVBPR strijdige behandeling aanwezig indien de uitzetting of uitlevering ‘necessary and foreseeable’ tot gevolg heeft dat de individuele rechten van de betrokkenen zullen worden geschaad.²³³

In vergelijking met het EHRM is de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité over het beginsel van non-*refoulement* als onderdeel van het folterverbod beperkt. Dit wordt ondermeer veroorzaakt door het feit dat in de tekst van het VN-Verdrag tegen foltering het beginsel van non-*refoulement* geëxpliciteerd wordt.²³⁴ Artikel 3 van dit verdrag luidt:

231 Zie hierover reeds uitvoeriger § 5.6.4.3 *supra*.

232 VN-Mensenrechtencomité 7 januari 1994, comm.no. 469/1991 (*Charles Chitat Ng/Canada*), VN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, § 6.2.

233 Zie *mutatis mutandis* VN-Mensenrechtencomité 7 januari 1994, comm.no. 469/1991 (*Charles Chitat Ng/Canada*), VN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, § 15.1.

234 Dit gebeurt ook in art. 19 lid 2 van het EU-grondrechtenhandvest: ‘No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be

'1. No State Party shall expel, return or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.'

Klachten over het verbod van *refoulement* richten zich derhalve eerder tot het Comité dat toezicht houdt op de naleving van dit specifieke verdrag dan tot het VN-Mensenrechtencomité. Op basis van bovenvermelde bepaling heeft het VN-Comité tegen foltering inmiddels een uitvoerige jurisprudentie opgebouwd in uitzettings- en uitleveringszaken.²³⁵ Het overgrote merendeel van de individuele klachten bij het VN-Comité tegen foltering betreft artikel 3 van het verdrag en dreigende uitzetting of uitlevering. Het voert te ver om hiervan op deze plaats uitvoerig verslag te doen.²³⁶ De standpunten van het Comité tegen foltering met betrekking tot situaties waarin een serieus risico is op onmenselijke behandeling of foltering verschillen niet heel wezenlijk van die van het EHRM en het Mensenrechtencomité. Hoogstens is het Comité tegen foltering wat terughoudender ten aanzien van het beroep op het verbod van *refoulement* indien gevaar voor een met het folterverbod strijdige behandeling veroorzaakt wordt door andere groeperingen dan de overheid.²³⁷

Het VN-Mensenrechtencomité heeft in 2004 echter juist weer een heel stellig standpunt met een ruime strekking ten aanzien van de problematiek van *refoulement* ingenomen. In *General Comment No. 31* (vastgesteld op 29 maart 2004) dat betrekking heeft op de 'nature of the general legal obligation imposed on states parties to the covenant' stelt het Comité met betrekking tot artikel 2 IVBPR:

'[T]he article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7

subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment.'

235 Zie o.m. VN-Comité tegen foltering 12 mei 2004, comm.no. 182/2001 (A.I./Switzerland), VN Doc. CAT/C/32/D/182/2001. Het overgrote merendeel van de individuele klachten bij het VN-Comité tegen foltering betreft artikel 3 van het verdrag en dreigende uitzetting of uitlevering.

236 Zie voor een analyse van deze jurisprudentie: Ingelse 2001, p. 290-317.

237 Zie het *General Comment by the Committee against Torture on the implementation of article 3 in the context of article 22 of the Convention against Torture*, VN Doc. A/53/44, Annex IX, § 3. Ingelse 2001, p. 312-315, vergelijkt de jurisprudentie van het Comité tegen Foltering en het VN-Mensenrechtencomité.

of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed. The relevant judicial and administrative authorities should be made aware of the need to ensure compliance with the Covenant obligations in such matters.²³⁸

Het Comité geeft hier dus aan dat een uitzettende of uitleverende staat niet alleen het oog moet houden op schending van het recht op leven of het folterverbod in de ontvangende staat, maar ook het risico dat de ontvangende staat op zijn beurt weer uitzet naar een andere staat waar de betrokkene een met een van deze rechten strijdige behandeling zou wachten, bij zijn besluitvorming moet betrekken.

Genoteerd zij dat de bescherming van het beginsel van *non-refoulement* naar de huidige stand van de jurisprudentie onder het EVRM, IVBPR en ook het VN-Verdrag tegen foltering enigszins sterker lijkt dan onder het VN-Vluchtelingenverdrag uit 1951. In het Vluchtelingenverdrag is het verbod van *refoulement* opgenomen in artikel 33. Op grond van het tweede lid van dit artikel is een vluchteling echter niet beschermd tegen *refoulement* indien er redelijke gronden zijn om hem als een gevaar voor de nationale veiligheid van het land waar hij verblijft ('a danger to the security of the country in which he is') te beschouwen.²³⁹ Personen die een gevaar vormen voor de nationale veiligheid kan een staat op grond van het Vluchtelingenverdrag uitzetten en terugzenden naar hun land van herkomst. Het Vluchtelingenverdrag biedt derhalve de mogelijkheid tot het maken van een afweging tussen het verbod van *refoulement* en de nationale veiligheid.

Relevant in dit verband is dat sinds 11 september 2001 in de statenpraktijk diverse ontwikkelingen zijn waar te nemen waaruit blijkt dat de groep van personen die als een gevaar voor de nationale veiligheid worden beschouwd steeds ruimer wordt gedefinieerd. Deze ontwikkelingen zijn onder meer geïnstigeerd door de oproep van de VN-Veiligheidsraad aan de lidstaten in Resolutie 1373 om 'appropriate measures' te nemen 'before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts' en te verzekeren dat 'refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as

238 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 31*, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), § 12.

239 Artikel 33 van het VN-Vluchtelingenverdrag luidt:

1. No Contracting State shall expel or return (*refouler*) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.
2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists'.²⁴⁰ Onderdeel van deze ontwikkelingen is dat personen niet langer alleen als terrorist worden aangemerkt indien er een ernstige verdenking jegens hen is van het plegen van terroristische misdrijven, maar dat ook personen die worden beschouwd als lid van een organisatie die terroristische misdrijven pleegt als terrorist worden aangemerkt (zonder dat er jegens hen sprake is van een concrete verdenking van strafbare feiten). Deze personen worden dan ook al snel aangemerkt als een gevaar voor de nationale veiligheid van de staat waar zij asiel zoeken en derhalve teruggestuurd naar hun land van herkomst zonder oog voor de behandeling die hen daar mogelijkerwijs wacht.²⁴¹

Nu is het maar de vraag is of vreemdelingen die verdacht worden van lidmaatschap van een terroristische organisatie – te denken valt aan een organisatie die voorkomt op de in VN- of EU-verband opgestelde lijsten van als 'terroristisch' aangemerkte organisaties – of die verdacht worden van terroristische activiteiten in een ander land, automatisch op grond van artikel 33, tweede lid, Vluchtelingenverdrag onbeschermd blijven tegen *refoulement* omdat zij te beschouwen zijn als een gevaar voor de nationale veiligheid van de staat waar zij asiel zoeken. Bruin & Wouters betogen van niet. Zij menen dat van een gevaar voor de nationale veiligheid van het land waar de vreemdeling asiel zoekt slechts sprake kan zijn indien de betreffende persoon een bedreiging vormt voor dit specifieke land. Het is in hun optiek onvoldoende dat de staat ervan uitgaat dat de betreffende persoon een bedreiging vormt voor de veiligheid van andere landen of van de internationale gemeenschap in zijn geheel of dat de staat vreest voor nadelige repercussies in zijn internationale betrekkingen vanwege toelating van de betreffende persoon als vluchteling. Het gevaar voor de nationale veiligheid waar het in art. 33 Vluchtelingenverdrag om gaat is volgens hen veeleer het risico dat de betreffende persoon betrokken is bij een poging tot staatsgreep in het land waar hij asiel zoekt of anderszins de territoriale integriteit of onafhankelijkheid daarvan bedreigt. Bovendien stellen zij dat art. 33 Vluchtelingenverdrag vergt dat het bestaan van een gevaar voor de nationale veiligheid wordt gestaafd met een aanzienlijke mate van bewijs (die verder gaat dan vermeend lidmaatschap van een op een VN- of EU-lijst voorkomende organisatie).²⁴²

Met betrekking tot dit laatste punt over de mate van bewijs ben ik het met Bruin & Wouters eens. Hun invulling van het criterium 'gevaar voor de nationale veiligheid', die zij baseren op de opinies van gezaghebbende auteurs als Lauterpacht, maar niet op concrete (internationale) rechterlijke beslissingen, acht ik echter te beperkt. Activiteiten gericht op andere staten dan de ontvangende staat kunnen in bepaalde gevallen denk ik wel degelijk een gevaar

240 VN Doc. S/RES/1373 (2001), § 3 sub f en g.

241 Zie voor een beschrijving en analyse van deze ontwikkelingen: Bruin & Wouters 2003, p. 7-15.

242 Bruin & Wouters 2003, p. 17-19 (met verwijzingen naar verdere literatuur).

opleveren voor de veiligheid van die ontvangende staat. Gilbert noemt een relevant voorbeeld: 'Raising funds to buy arms to further the violence in a foreign State might indicate the refugee is a danger to the security of the country of refuge'.²⁴³ De enkele mondelinge steun aan een gewapende oppositiebeweging in een andere staat dient volgens Gilbert echter te vallen 'within guarantees of freedom of expression and leave the refugee protected by the guarantee of non-refoulement.' Ook bij dit standpunt kunnen echter onder bepaalde omstandigheden vraagtekens worden geplaatst. Voorstelbaar is dat de ontvangende staat aan de verlening van asiel aan een bepaalde persoon de voorwaarde verbindt dat deze vanuit de ontvangende staat geen politieke agitatie bedrijft tegen een andere staat omdat dit het leven van in die andere staat verblijvende onderdanen van de ontvangende staat ernstig in gevaar kan brengen of omdat de veiligheid van de betreffende vreemdeling en zijn directe omgeving in de ontvangende staat anders niet goed gegarandeerd kan worden.²⁴⁴

Wat hier ook van zij, duidelijk is in ieder geval dat het *refoulement*verbod zoals dat voortvloeit uit de bovenvermelde mensenrechtenverdragen, anders dan het *refoulement*verbod uit het Vluchtelingenverdrag, geen ruimte biedt voor een 'balancing act' tussen dit verbod en de nationale veiligheid. Het meest duidelijk werd dit in het EHRM-arrest *Chahal/United Kingdom*. De klager in deze zaak was een man met de Indiase nationaliteit, behorend tot de Sikh-bevolkingsgroep, die in India verdacht werd van terroristische misdrijven. De Britse autoriteiten besloten tot uitzetting van de man, maar het EHRM oordeelde dit besluit een schending van artikel 3 EVRM vanwege het 'real risk' op een behandeling in strijd met het folterverbod in India. Het verbod van *refoulement* gold volgens het Hof 'irrespective of the conduct' van de klager en ongeacht het risico voor de nationale veiligheid van het Verenigd Koninkrijk dat hij mogelijk-kerwijs zou kunnen opleveren.²⁴⁵

Ondanks deze zeer strikte benadering van het EHRM wordt in artikel XII van de Raad van Europa-*Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* de verplichting om asiel te weigeren aan een persoon die verdacht wordt van terroristische activiteiten, in één en dezelfde bepaling, zonder meer (in ieder geval zonder nadere toelichting) op één lijn gezet met het verbod van *refoulement*.²⁴⁶ Dit is opvallend, aangezien de verplichting om asiel te

243 Gilbert 2003, p. 459-460.

244 In dit verband is relevant dat een bepaling als artikel 16 EVRM ook ruimte biedt om de politieke activiteiten van vreemdelingen aan beperkingen te onderwerpen.

245 EHRM 15 november 1996, *RJ&D 1996-V* (Chahal/UK), § 95-110.

246 De eerste twee leden van art. XII *Guidelines on Human Rights and the Fights against Terrorism* luiden:

1. All requests for asylum must be dealt with on an individual basis. An effective remedy must lie against the decision taken. However, when the State has serious grounds to believe that the person who seeks to be granted asylum has participated in terrorist activities, refugee status must be refused to that person.

weigeren (en dus de asielzoeker terug te sturen) in bepaalde gevallen heel wel kan botsen met het verbod van *refoulement*. In het licht van de strikte EHRM-jurisprudentie moet maar worden aangenomen dat het *refoulement*verbod in artikel XII van de *guidelines* bedoeld is als een beperking van de verplichting om terroristen asiel te weigeren. In een document dat speciaal bedoeld is om een mensenrechtelijk en rechtsstatelijk houvast te bieden aan de lidstaten van de Raad van Europa bij de strijd tegen terrorisme had een nadere uitleg op dit zeer relevante punt niet misstaan.²⁴⁷

8.1.4.6 Korte slotopmerking

Evenals bij het recht op leven geeft de jurisprudentie over het folterverbod geen duidelijke interpretatieverschillen te zien tussen gevallen waarin het folterverbod werd ingeroepen in crisisomstandigheden en gevallen waarin dit geschiedde zonder dat sprake was van een crisis of noodtoestand. Ook bij het folterverbod is duidelijk dat de wijze waarop de internationale toezichthoudende organen dit niet-opschortbare recht interpreteren op zodanige wijze geschiedt dat de niet-opschortbare status zich uitbreidt tot beginselen die gegarandeerd worden door verdragsbepalingen die in de mensenrechtenverdragen niet expliciet als niet-opschortbaar worden aangemerkt. De belangrijkste voorbeelden hiervan zijn het recht voor gedetineerden op een behandeling met menselijkheid en eerbied voor de inherente waardigheid van de menselijke persoon van artikel 10 IVBPR (waaronder ook een verbod op langdurige gevangenhouding in complete isolatie en langdurige incommunicado detentie zonder contact met familie of raadsman worden begrepen) en het recht op een eerlijk proces bij oplegging van de doodstraf (artikel 6 EVRM, artikel 14 IVBPR).

2. It is the duty of a State that has received a request for asylum to ensure that the possible return ('refoulement') of the applicant to his/her country of origin or to another country will not expose him/her to the death penalty, to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. The same applies to expulsion.

In het document met achtergrondinformatie bij de *guidelines* wordt bij het eerste lid van art. XII verwezen naar de ruimte die art. 1F Vluchtelingenverdrag biedt om verdachten van oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid asiel te weigeren. Op de vraag in hoeverre dit soort personen nog wel recht hebben op bescherming tegen *refoulement* wordt in het kader van de *guidelines* geheel niet ingegaan. In het licht van de strikte EHRM-jurisprudentie mag echter worden aangenomen dat het tweede lid van artikel XII bedoeld is als een beperking van de verplichting van het eerste lid.

²⁴⁷ Opgemerkt moet echter worden dat een argument om aan te nemen dat het *refoulement*verbod inderdaad als een beperking van de verplichting tot asielweigeren beschouwd moet worden, te ontleen is aan artikel XIII van de *guidelines*. Dit artikel gaat over uitlevering en stelt in het tweede en derde lid wel expliciet dat uitlevering niet geschiedt aan landen waar de uitgeleverde de kans loopt tot de doodstraf te worden veroordeeld (tenzij de uitleverende staat garanties heeft gekregen dat dit niet zal geschieden) of de uitgeleverde het risico loopt onderworpen te worden aan een behandeling in strijd met het verbod van foltering en onmenselijke behandeling.

8.1.5 De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst

8.1.5.1 De toegevoegde waarde van de niet-opschortbaarheid

Met betrekking tot de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst is in § 8.1.1 *supra* reeds opgemerkt dat enerzijds dit recht weliswaar als *notstandsfest* is aangemerkt in het IVBPR (en het AVRМ, niet in het EVRM), maar dat anderzijds moet worden geconstateerd dat artikel 18, derde lid, IVBPR (evenals artikel 12, derde lid, AVRМ en artikel 9, tweede lid, EVRM) vergaande beperkingen toelaat op het tot uiting brengen van een bepaalde overtuiging, zodat niet goed valt in te zien in hoeverre opschorting van het betreffende recht nog 'iets extra' zou kunnen opleveren voor de betreffende staat. Bij de behandeling van het ontwerp-IVBPR in het Derde Comité van de Algemene Vergadering van de VN rees de vraag of

'Governments in such a situation [a public emergency threatening the life of the nation – JPL] should be free to derogate from the provisions (article 18, para. 3) which specify the permissible limitations on the freedom to manifest one's religion or beliefs. On the other hand, it was held that these permissible limitations were already broad enough and that it would be undesirable to give states a blanket authority to restrict the freedom to manifest one's religion or beliefs.'²⁴⁸

Hoewel hierbij de opmerking past dat ook in het geval een bepaald recht als wel-opschortbaar wordt aangemerkt, dit nog geenszins betekent dat de staat ten aanzien van dit recht een ongelimiteerde beperkingsbevoegdheid toekomt, toonde een meerderheid zich voorstander van de laatste benadering, zodat een voorstel om artikel 18 van de lijst *notstandsfeste* rechten te schrappen werd ingetrokken. De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst kan dus alleen beperkt worden op de gronden en binnen de voorwaarden zoals genoemd in het derde lid van artikel 18 IVBPR. Dit derde lid staat in de eerste plaats slechts beperkingen toe op de 'freedom to manifest one's religion' (net als artikel 9, tweede lid, EVRM). Bovendien moeten die beperkingen 'prescribed by law' zijn en 'necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamentals rights and freedoms of others'.

In de beperkingsclausule van artikel 18 IVBPR ontbreekt (opnieuw net als in artikel 9 EVRM) de beperkingsgrond 'protection of national security'. Deze beperkingsgrond werd niet in de clausule opgenomen, omdat de nationale veiligheid volgens de verdragsopstellers te makkelijk zou kunnen worden misbruikt als grond voor beperking.²⁴⁹ Het VN-Mensenrechtencomité heeft dit in zijn *General Comment No. 22* over artikel 18 IVBPR uit 1993 nogmaals

248 VN Doc. A/5655 (1963), § 52. Zie ook VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 7, aangehaald in § 8.1.1 *supra*.

249 Bossuyt 1987, p. 366 en Lockwood e.a. 1985, p. 34 en 70.

bevestigd: 'The Committee observes that paragraph 3 of article 18 is to be strictly interpreted: restrictions are not allowed on grounds not specified there, even if they would be allowed as restrictions to other rights protected in the Covenant, such as national security'.²⁵⁰ Desalniettemin laat de praktijk zien dat religieuze overtuigingen kunnen worden misbruikt als excuus om over te gaan tot terroristische misdrijven, denk aan het IRA-terrorisme in Noord-Ierland en het wereldwijde islamistische terrorisme van *Al Qaeda* en daaraan gerelateerde groeperingen. Staten kunnen derhalve enige aanleiding hebben om religieuze uitingen of andere religieuze activiteiten in te perken met het oog op de bescherming van de staatsveiligheid.²⁵¹ Eventuele te treffen beperkende maatregelen ter bestrijding of voorkoming van terroristische activiteiten kunnen echter ook heel goed gebaseerd worden op een van de wel in artikel 18, derde lid, genoemde beperkingsgronden (bijvoorbeeld: 'public safety', 'public order' of 'the fundamental rights and freedoms of others').

Voorzover de vrijheid van artikel 18 IVBPR op grond van het derde lid niet beperkt kan worden – en opschorting op grond van artikel 4 dus in theorie voor de staat relevant zou kunnen zijn (of – spiegelbeeldig – de niet-opschortbaarheid een extra bescherming zou kunnen opleveren voor de burger) gaat het om het zogenaamde *forum internum*, namelijk de vrijheid om een bepaalde overtuiging 'te hebben'. Dit deel van het recht is zowel in artikel 9 EVRM als in artikel 18 IVBPR in absolute zin juridisch beschermd. Nu kan echter gesteld worden dat ook in feitelijk opzicht voor dit deel van het recht geldt dat beperking of opschorting simpelweg vrijwel onmogelijk is, omdat niet gecontroleerd kan worden welke innerlijke overtuiging een persoon heeft als hij daaraan geen uiting geeft.²⁵² Het maken van een inbreuk op dit element van het door artikel 18 IVBPR beschermde recht is in deze visie eigenlijk alleen voorstelbaar door bizarre praktijken van *brainwashing* door de overheid van personen verdacht van 'foute' overtuigingen. De niet-opschortbaarheid van artikel 18 zou in zoverre dan ook een toegevoegde waarde kunnen hebben, dat dergelijke praktijken niet alleen onder normale omstandigheden, maar ook in noodsituaties verboden zouden zijn. Tegelijkertijd moet worden erkend dat het toepassen van *brainwashing* niet een typische noodmaatregel voor crisisomstandigheden is, alleen al vanwege het feit dat het omvormen van iemands gedachtegoed waarschijnlijk toch een langdurig proces is, zodat de toegevoegde waarde van de niet-opschortbaarheid van dit element van artikel 18 toch zeer beperkt is.²⁵³ In de Straatsburgse jurisprudentie wordt aan de 'interne' vrijheid van

250 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 22*, § 8, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5 (2001), p. 144-146.

251 Cameron 2000, p. 348.

252 Vgl. Seiderman 2001, p. 79.

253 Nog daargelaten dat brainwash-praktijken waarschijnlijk ook wel in strijd zouden komen met het proportionaliteitsbeginsel (strictly required by the exigencies of the situation) of met het *notstandsfeite* verbod van vernederende behandeling. M.b.t. brainwash-achtige praktijken merkte Speciaal VN-Rapporteur inzake administratieve detentie Joinet in 1990

gedachte, geweten en godsdienst echter niet alleen een verbod op 'a treatment intended to change the process of thinking' gekoppeld. Van Dijk en Van Hoof geven – onder verwijzing naar de relevante jurisprudentie – aan dat de absolute bescherming van de 'interne' vrijheid ook 'any form of compulsion to express thoughts, to change an opinion, or to divulge a religious conviction is prohibited, and that no sanction may be imposed either on holding any view whatever or on the change of a religion or conviction.'²⁵⁴ Harris, O'Boyle en Warbrick stellen in dit verband op zich nog wel zeer uitzonderlijke situaties denkbaar te achten waarin de overheid om redenen van nationale veiligheid personen zou willen dwingen om een bepaalde opvatting of religie af te zweren.²⁵⁵ Zij noemen echter geen voorbeelden. Cameron merkt hierover op:

'The only examples I can think of involve terrorist or violent subversive groups with religious/political objectives where a requirement to divulge one's membership of a group in the context of admission to the country, or access to a security cleared post, would be more an issue under Articles 8 or 11'.²⁵⁶

Men kan zich inderdaad afvragen of bij het stellen van dergelijke voorwaarden de 'interne' vrijheid van gedachte nog aan de orde is. Kwesties met betrekking tot bijvoorbeeld loyaliteitsverklaringen voor het bekleden van bepaalde overheidsbetrekkingen worden door de Straatsburgse organen doorgaans behandeld onder artikel 10 en 11 EVRM.²⁵⁷

In een tamelijk recente zaak bij het VN-Mensenrechtencomité kwam echter toch een kwestie aan de orde die in de richting ging van het dwingen van een persoon tot een bepaalde opvatting. Het betrof de veroordeling en detentie van een politieke tegenstander van het Zuid-Koreaanse militaristische bewind in de jaren '80. De betreffende persoon werd in 1986 veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf voor spionage en lidmaatschap van een 'anti-State organization', onder meer omdat hij een verboden bezoek had gebracht aan Noord-Korea en informatie had verspreid waarin kritiek gespuid werd op het militaristische bewind in Zuid-Korea. In 1998 werd hem amnestie verleend.

op dat na afloop van de oorlog in Vietnam in 1975 en 1976 10.000 tot 15.000 personen geïnterneerd werden t.b.v. 'heropvoeding'. In 1990 bevonden zich in Vietnam nog altijd 120 personen in 'heropvoedingskampen' (VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1990/29, § 41).

254 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 541-542.

255 Harris, O'Boyle & Warbrick 1995, p. 361. Zij vinden dit overigens geen argument om de 'interne' vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst op minder absolute wijze te beschermen, vooral vanwege het gevaar van misbruik bij een minder absolute bescherming.

256 Cameron 2000, p.348.

257 In ECieRM 11 mei 1984, appl.no. 9228/80 (Glasenapp/FRG), *Series B* Vol. 87, p. 12-57, wees de meerderheid van de Commissie de klacht, dat een verplichting om het gedachtegoed van een bepaalde politieke groepering af te wijzen om in aanmerking te kunnen komen voor een overheidsfunctie een inbreuk op artikel 9 EVRM zou opleveren, van de hand. Wel werd dit aangemerkt als een inbreuk op artikel 10 EVRM. Het EHRM ging hier echter niet in mee.

Zijn dertien jaar in de gevangenis bracht hij grotendeels in isolatie door (hetgeen door het Comité aangemerkt wordt als een schending van artikel 10 IVBPR). De reden hiervoor was dat hij

‘was classified as a communist “confident criminal” under the “ideology conversion system”, a system given legal foundation by the 1980 Penal Administration Law and designed to induce change to a prisoner’s political opinion by the provision of favourable benefits and treatment in prison. Due to this classification, he was not eligible for more favourable treatment. On 14 March 1991, the author’s detention regime was reclassified by the Regulation on the Classification and Treatment of Convicts (“the 1991 Regulation”) to “those who have not shown signs of repentance after having committed crimes aimed at destroying the free and democratic basic order by denying it”. Moreover, having been convicted under the National Security Law, the author was subject to an especially rigorous parole process.’²⁵⁸

Hij klaagt bij het Mensenrechtencomité dat deze behandeling tijdens zijn detentie erop gericht was om zijn gedachtegoed ‘om te vormen’: gedetineerden die weigerden hun onwenselijk of gevaarlijk geachte politieke opvattingen af te zweren werden aan een veel strenger regime onderworpen. Hij vindt dat dit onder meer een schending betekende van zijn gewetensvrijheid (artikel 18 IVBPR) en zijn vrijheid van meningsuiting (artikel 19 IVBPR). Het Mensenrechtencomité oordeelt dat dit inderdaad het geval is:

‘As to the author’s claim that the “ideology conversion system” violates his rights under articles 18, 19 and 26, the Committee notes the coercive nature of such a system, preserved in this respect in the succeeding “oath of law-abidance system”, which is applied in discriminatory fashion with a view to alter the political opinion of an inmate by offering inducements of preferential treatment within prison and improved possibilities of parole. The Committee considers that such a system, which the State party has failed to justify as being necessary for any of the permissible limiting purposes enumerated in articles 18 and 19, restricts freedom of expression and of manifestation of belief on the discriminatory basis of political opinion and thereby violates articles 18, paragraph 1, and 19, paragraph 1, both in conjunction with article 26.’²⁵⁹

Ondanks het feit dat moeilijk voorstelbaar is hoe opschorting van de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst meer beleidsruimte voor staten zou kunnen opleveren dan een gewone beperking van dit recht, zijn er wel degelijk staten die de optie van opschorting van dit recht in hun nationale wetgeving openlaten. In zijn *Concluding Observations* naar aanleiding van de statenrapportage door Armenië in 1998 sprak het Mensenrechtencomité zijn zorg uit over

258 VN-Mensenrechtencomité 15 juli 2003, comm.no. 878/1999 (Yong-Joo Kang/Republic of Korea), VN Doc. CCPR/C/78/D/878/1999, § 2.5.

259 *Idem*, § 7.2

de mogelijkheden tot opschorting van de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst op basis van het Armeense staatsnoodrecht:

'The Committee expresses its grave concern about the incompatibility of several provisions of the Constitution with the Covenant: for example, (...) articles 23, 44 and 45 of the Constitution, which allow derogation under a state of emergency and limitations to the freedom of thought and religion, contravene articles 4, paragraph 2, and 18 of the Covenant. The inconsistency of domestic law with provisions of the Covenant not only engenders legal insecurity, but is likely to lead to violations of rights protected under the Covenant.²⁶⁰

Waarschijnlijk zullen de genoemde grondwetsbepalingen te maken hebben met de bescherming van de positie van de de staatskerk, de Armeense Apostolische kerk. Schending van de rechten van (religieuze) minderheden in Armenië is ook door andere VN-organen aan de kaak gesteld.²⁶¹

8.1.5.2 Staatsveiligheidskwesties en de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst

Jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité of de Straatsburgse organen over de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst die gerelateerd is aan overheidsoptreden in het kader van de staatsveiligheid is relatief beperkt. Wel heeft een aanzienlijk deel van de individuele klachten over artikel 18 IVBPR die worden ingediend bij het VN-Mensenrechtencomité betrekking op een aangelegenheid die enig verband houdt met staatsveiligheidskwesties, namelijk gewetensbezwaren tegen het vervullen van militaire dienstplicht. In *General Comment No. 22* geeft het Mensenrechtencomité hierover het volgende aan:

'Many individuals have claimed the right to refuse to perform military service (conscientious objection) on the basis that such right derives from their freedoms under article 18. In response to such claims, a growing number of States have in their laws exempted from compulsory military service citizens who genuinely hold religious or other beliefs that forbid the performance of military service and replaced it with alternative national service. The Covenant does not explicitly refer to a right to conscientious objection, but the Committee believes that such a right can be derived from article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one's religion or belief. When this right is recognized by law or practice, there shall be no differentiation among conscientious objectors on the basis of the nature of their particular beliefs; likewise, there shall be no discrimination against conscientious objectors because they have failed to perform military service.²⁶²

260 VN Doc. CCPR/C/79/Add.100 (1998), § 7.

261 Zie o.m. de Concluding Observations van het VN-Comité tegen Rassendiscriminatie uit 2002, VN Doc. A/57/18 (2002), § 269-291.

262 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 22*, § 11, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5 (2001), p. 144-146.

Diverse auteurs leiden uit dit *General Comment* en enkele sindsdien gewezen oordelen²⁶³ af dat het Mensenrechtencomité zonder meer een recht op erkenning van gewetensbezwaren tegen het vervullen van militaire dienstplicht heeft geconstrueerd onder artikel 18 IVBPR.²⁶⁴ Onder artikel 9 EVRM is door de Straatsburgse organen tot dusverre nog nimmer een zelfstandig recht op erkenning van zulke gewetensbezwaren geaccepteerd. Volgens de ECieRM valt het vraagstuk van gewetensbezwaren tegen militaire dienst wel binnen 'the realm of Article 9', maar verplicht het EVRM de verdragsstaten niet tot het maken van een uitzondering op de militaire dienstplicht voor gewetensbezwaarden. In de ECieRM-jurisprudentie wordt consequent gebruik gemaakt van de terminologie zoals gehanteerd in artikel 4, derde lid, sub b EVRM (waar militaire of vervangende dienstplicht nadrukkelijk niet als een vorm van dwangarbeid wordt aangemerkt): een beroep op artikel 9 EVRM is mogelijk 'in case of conscientious objectors in countries where they are recognized'. De verdragsstaten zijn dus vrij om een regeling te treffen op dit terrein. Als zij dit doen valt de regeling echter wel binnen het bereik van artikel 9 EVRM en heeft dit onder meer als consequentie dat de regeling geen onderscheid mag maken dat verboden wordt door het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM.²⁶⁵

Een eveneens aan de staatsveiligheid rakende kwestie met betrekking tot de godsdienstvrijheid betreft de controle op eventuele religieus-fundamentalistische (en daarom mogelijk met de staatsstructuur strijdige) opvattingen van leden van de krijgsmacht. In § 5.7.1 *supra* besprak ik in dit verband reeds het (onbevredigende) EHRM-arrest *Kalaç/Turkey* uit 1997. Wat betreft overheidscontrole op de religieuze opvattingen van individuen in het algemeen is het EHRM-arrest *Tsavachidis/Greece* uit 1999 interessant. In deze zaak staat de vraag centraal of het aanhangen van een bepaalde geloofsopvatting reden kan zijn om (groepen van) personen te beschouwen als een mogelijk gevaar voor de nationale veiligheid en in de gaten te laten houden door de veiligheidsdiensten.

263 M.n. VN-Mensenrechtencomité 3 november 1999, comm.no. 682/1996 (Westerman/The Netherlands), VN Doc. CCPR/C/67/D/682/1996, § 9.3-9.5. Het Comité herhaalt in zijn oordeel echter vooral hetgeen reeds werd opgemerkt in het *general comment*. In deze zaak achtte het Comité het onderscheid dat in de Nederlandse Wet gewetensbezwaren militaire dienstplicht werd gemaakt tussen personen met levensbeschouwelijk georiënteerde gewetensbezwaren en personen die om andere redenen dienstplicht weigeren niet strijdig met artikel 18 IVBPR.

264 O.m. Hanski & Scheinin 2003, p. 258.

265 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 544-546. Aldaar vele verwijzingen naar de relevante ECieRM-jurisprudentie. De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft in een resolutie wel een recht op erkenning van gewetensbezwaren tegen de vervulling van militaire dienstplicht afgeleid uit artikel 9 EVRM; zie Res. 337 (1967). In 1987 aanvaarde het Comité van Ministers van de Raad van Europa een aanbeveling – Recommendation No. R.(87)8 – waarin als algemeen beginsel is neergelegd: 'Anyone liable to conscription for military service who, for compelling reasons of conscience, refuses to be involved in the use of arms, shall have the right to be released from the obligation to perform such service, on the conditions set out hereafter. Such persons may be liable to perform alternative service.'

In Griekenland werden Jehova's Getuigen jarenlang bespied door de geheime dienst vanwege hun potentieel gevaar voor nationale veiligheid. De ECieRM beschouwde deze structurele bespieding als een schending van artikel 8 EVRM. Een minderheid van de Commissie merkte het onderwerpen van personen aan geheime bespieding door veiligheidsdiensten op de enkele grond van een bepaalde – door de staat als onwenselijk beschouwde – godsdienstige opvatting echter ook aan als een schending van de 'interne' vrijheid van het hebben van een bepaalde religieuze overtuiging.²⁶⁶ Het EHRM komt in deze zaak niet toe aan het formuleren van een eindoordeel, want de klager bereikt een minnelijke schikking met de Griekse regering. Onderdeel van deze minnelijke schikking is dat Jehova's Getuigen niet langer zullen worden onderworpen aan onderzoeken door de veiligheidsdienst vanwege het enkele feit van hun geloofsovertuiging.²⁶⁷

In tijden waarin serieuze discussie is over de rechtvaardiging van bijvoorbeeld 'ethnic profiling' door veiligheidsdiensten (het aan een verscherpt controleregime onderwerpen van personen met een – vooral – Arabische of islamitische achtergrond) maakt de zaak *Tsavachidis* duidelijk dat een dergelijk beleid in ieder geval aanleiding kan geven tot geschillen die binnen het bereik van de bescherming van de godsdienstvrijheid vallen. Als bijvoorbeeld het gebruiken van maaltijden zonder varkensvlees aan boord van een vliegtuig op weg naar de Verenigde Staten aanleiding kan vormen voor een extra streng veiligheidsonderzoek bij aankomst in dat land of voor bespieding door veiligheidsdiensten, kan worden betoogd dat dat niet alleen een inmenging is in het recht op privacy, maar ook in het recht om godsdienstige geboden en voorschriften te onderhouden (ook beschermd door artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR). Dan is de inmengende staat derhalve gebonden aan de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit zoals die voortvloeien uit de beperkingsclausule.

In zijn *Concluding Observations* naar aanleiding van de bespreking van de Britse statenrapportage in 2001 legde het VN-Mensenrechtencomité in verband met terroristische aanslagen en de reacties daarop de nadruk op positieve verplichtingen van de staat om de godsdienstvrijheid te beschermen, onder meer door middel van het strafrecht:

'The [Human Rights] Committee is concerned at reports that, since recent terrorist attacks, persons have been the subject of attack and harassment on the basis of their religious beliefs and that religion has been utilized to incite to the commission of criminal acts. The Committee is also disturbed that incidents of violence and intimidation on the basis of religious affiliation (...) continue to occur. The State party should extend its criminal legislation to cover offences motivated by religious

266 ECieRM 28 oktober 1997, appl.no. 28802/95 (*Tsvachidis/Greece*), Partly Dissenting Opinion of Mr L. Loucaides joined by Mrs J. Liddy, MM G. Ress and A. Perenic, Mrs M. Hion and Mr R. Nicolini.

267 EHRM 21 januari 1999, appl.no. 28802/95 (*Tsavachidis/Greece*).

hatred and should take other steps to ensure that all persons are protected from discrimination on account of their religious beliefs.²⁶⁸

Het Mensenrechtencomité lijkt derhalve in het kader van overheidsoptreden ter bescherming van de staatsveiligheid en de bestrijding van terrorisme de aandacht niet zozeer (of in ieder geval niet alleen) te willen richten op mogelijke beperkingen van de godsdienstvrijheid, maar juist ook op de zorgverplichting voor de bescherming van dit recht.

8.2 AFGELEID EN IMPLICIET NOTSTANDSFESTE RECHTEN OF VERDRAGSVERPLICHTINGEN

8.2.1 Niet-opschortbaarheid voortvloeiend uit het essentiële belang voor of de nauwe samenhang met de bescherming van expliciet notstandsfeste rechten

In § 8.1.2 *supra* merkte ik reeds op dat een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van afgeleid *notstandsfeste* rechten, waarbij de niet-opschortbare status wordt afgeleid uit hun essentiële belang voor de bescherming van de wel expliciet genoemde *notstandsfeste* rechten, is te vinden in artikel 27 AVR. In het tweede lid van dit artikel wordt niet alleen een reeks *notstandsfeste* rechten opgesomd, maar wordt tevens gesteld dat ook de ‘judicial guarantees essential for the protection’ van de opgesomde rechten niet opgeschort mogen worden. De IACieRM verzocht in 1986 het IAHRM om een advies over de vraag of de *writ of habeas corpus* tot de ‘judicial guarantees’ bedoeld in artikel 27 gerekend kan worden. De IACieRM gaf de volgende reden voor het verzoek om een advies:

‘Some States Parties to the American Convention on Human Rights have assumed that one of the rights that may be suspended in emergency situations is the right to judicial protection afforded by the writ of habeas corpus. Some States have even promulgated special laws or have instituted a practice enabling them to hold a detainee incommunicado for a prolonged period of time, in some cases for as long as 15 days. During that time, the detainee may be refused all contact with the outside world, thus preventing resort to the writ of habeas corpus.’²⁶⁹

In zijn *advisory opinion* uit januari 1987 geeft het IAHRM aan dat het van de omstandigheden van het geval en van het in het geding zijnde *notstandsfeste* recht zal afhangen welke waarborgen ‘essentieel’ zijn.²⁷⁰ Het IAHRM stelt

268 VN Doc. CCPR/CO/73/UK (2001), § 14.

269 IAHRM 30 januari 1987, Advisory Opinion No. OC-8/87 (Habeas Corpus in Emergency Situations – Arts. 27(2) and 7(6) ACHR), *Series A* No. 8, § 12.

270 *Idem*, § 28.

echter dat in het algemeen tot die essentiële waarborgen behoren ‘those that ordinarily will effectively guarantee the full exercise of the rights and freedoms protected by that provision [artikel 27, tweede lid, AVRVM – JPL] and whose denial or restriction would endanger their full enjoyment’ en benadrukt dat de onafhankelijke/rechterlijke aard van die waarborgen ‘the active involvement of an independent and impartial judicial body having the power to pass on the lawfulness of measures adopted in a state of emergency’ impliceert.²⁷¹ Vervolgens betoogt het IAHRM dat ‘the procedural institution known as “amparo” – het recht op een effectief rechtsmiddel bij vermeende schending van mensenrechten (in het AVRVM opgenomen in artikel 25, eerste lid) – en als *species* daarvan ook het rechtsmiddel *habeas corpus* (artikel 7, zesde lid, AVRVM) als niet-opschortbaar moeten worden aangemerkt.²⁷² Voor wat betreft het rechtsmiddel *habeas corpus* motiveert het IAHRM dit vooral door te wijzen op de vitale rol die *habeas corpus* vervult bij de bescherming van het recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit van een gedetineerde. Het IAHRM ziet *habeas corpus* als een belangrijk middel ter voorkoming van verdwijningen en gevangenhouding op geheime plaatsen met het grote risico van foltering of onmenselijke behandeling; een risico dat zich in Latijns-Amerika in de jaren ‘70 en ‘80 herhaaldelijk heeft gemanifesteerd.²⁷³

In als het ware een ‘aanvullende’ *advisory opinion* van enkele maanden later voegt het IAHRM daar aan toe dat *amparo* en *habeas corpus* ‘must be substantiated in accordance with the rules of due process of law’ zoals neergelegd in artikel 8 AVRVM (dat betrekking heeft op het recht op een eerlijk proces).²⁷⁴ Ter toelichting geeft het Hof aan dat om te kunnen spreken van een effectief rechtsmiddel

‘it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress. A remedy which proves illusory because of the general conditions prevailing in the country, or even in the particular circumstances of a given case, cannot be considered effective. That could be the case, for example, when practice has shown its ineffectiveness: when the Judicial Power lacks the necessary independence to render impartial decisions or the means to carry out its judgments; or in any other situation that constitutes a denial of justice, as when there is an unjustified delay

271 *Idem*, § 29-30.

272 *Idem*, § 31-44.

273 *Idem*, § 35-36. In § 36 stelt het Hof: ‘This conclusion is buttressed by the realities that have been the experience of some of the peoples of this hemisphere in recent decades, particularly disappearances, torture and murder committed or tolerated by some governments. This experience has demonstrated over and over again that the right to life and to humane treatment are threatened whenever the right to habeas corpus is partially or wholly suspended.’

274 IAHRM 6 oktober 1987, Advisory Opinion No. OC-9/87 (Judicial Guarantees in States of Emergency – Arts. 27(2), 25 and 8 ACHR), *Series A* No. 9, § 24, 38 en 41.

in the decision; or when, for any reason, the alleged victim is denied access to a judicial remedy.²⁷⁵

Vervolgens herhaalt het IAHRM dat het uitroepen van een noodtoestand, hoe deze op nationaal niveau ook juridisch mag zijn vormgegeven, nimmer mag leiden tot de 'suppression or ineffectiveness of the judicial guarantees (...) for the protection of the rights not subject to derogation or suspension by the state of emergency'.²⁷⁶ Het gaat echter nog een stap verder. Ook ten aanzien van de bescherming van op zich wel opschortbare, maar niet opgeschorte rechten, dient tijdens een noodtoestand voorzien te zijn in effectieve rechtsmiddelen:

'When in a state of emergency the Government has not suspended some rights and freedoms subject to derogation, the judicial guarantees essential for the effectiveness of such rights and liberties must be preserved.'

De conclusie kan derhalve zijn dat onder het AVRМ aan het rechtsmiddel *habeas corpus* een niet-opschortbare status toekomt en dat ook het meer algemene recht op een effectief rechtsmiddel bij vermeende schending van mensenrechten als niet-opschortbaar beschouwd moet worden, althans voorzover het beroep op een effectief rechtsmiddel wordt gedaan in relatie tot de schending van een van de in de opschortingsbepaling opgesomde niet-opschortbare rechten of ten aanzien van een recht dat eventueel wel opschortbaar zou zijn, maar in een bepaalde noodtoestand niet opgeschort is. Alleen ten aanzien van daadwerkelijk opgeschorte rechten hoeft tijdens een noodtoestand geen effectief rechtsmiddel ter beschikking te staan.

Diverse auteurs trekken de conclusies van het IAHRM over de niet-opschortbaarheid van het recht op een effectief rechtsmiddel en *habeas corpus* automatisch door naar het IVBPR en het EVRM. Dit houdt in dat ook de verplichtingen op grond van artikel 2, derde lid, artikel 9, vierde lid, IVBPR en artikel 13 en artikel 5, vierde lid, EVRM niet-opschortbaar zouden zijn.²⁷⁷ Wat betreft het IVBPR heeft over dit onderwerp begin jaren '90 een discussie plaatsgevonden tussen de VN-Subcommissie inzake voorkoming van discriminatie en bescherming van minderheden en het VN-Mensenrechtencomité. Deze discussie was aangezwengeld door de VN-Commissie voor de rechten van de mens die in een in februari 1992 aanvaarde resolutie (resolutie 1992/35) de lidstaten opriep om te komen tot

'a procedure such as habeas corpus by which anyone who is deprived of his or her liberty by arrest or detention shall be entitled to institute proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of

²⁷⁵ *Idem*, § 24.

²⁷⁶ *Idem*, § 25.

²⁷⁷ O.m. Janis, Kay & Bradley 1995, p. 373 en, zij het met enige terughoudendheid, Oraá 1992, p. 112-113.

his or her detention and order his or her release if the detention is found to be unlawful.²⁷⁸

De VN-Commissie riep de lidstaten ook op 'to maintain the right to such a procedure at all times and under all circumstances, including during states of emergency'.²⁷⁹ In vervolg hierop stelde de VN-Subcommissie voor een derde facultatief protocol bij het IVBPR op te stellen met als doel het recht op een eerlijk proces en op een effectief rechtsmiddel onder alle omstandigheden te garanderen. De subcommissie legde een concept voor zo'n derde protocol ter advies voor aan het VN-Mensenrechtencomité.²⁸⁰ Het advies van het Mensenrechtencomité over dit ontwerp-protocol was echter negatief. Het Comité achtte het protocol enerzijds overbodig, omdat uit de statenpraktijk toch al duidelijk naar voren zou komen dat *habeas corpus* en *amparo* algemeen als *notstandsfest* beschouwd worden, en anderzijds gevaarlijk, omdat een extra protocol de indruk zou kunnen wekken dat het staten die dit protocol niet ratificeren vrij zou staan om de verplichtingen onder artikel 9, derde en vierde lid, IVBPR op te schorten:

'The Committee notes that the purpose of the possible draft optional protocol is to add article 9, paragraphs 3 and 4, and article 14 to the list of non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, of the Covenant. Based on its experience derived from the consideration of States parties' reports submitted under article 40 of the Covenant, the Committee wishes to point out that, with respect to article 9, paragraphs 3 and 4, the issue of remedies available to individuals during states of emergency has often been discussed. The Committee is satisfied that States parties generally understand that the right to *habeas corpus* and *amparo* should not be limited in situations of emergency. Furthermore, the Committee is of the view that the remedies provided in article 9, paragraphs 3 and 4, read in conjunction with article 2 are inherent to the Covenant as a whole. Having this in mind, the Committee believes that there is a considerable risk that the proposed draft third optional protocol might implicitly invite States parties to feel free to derogate from the provisions of article 9 of the Covenant during states of emergency if they do not ratify the proposed optional protocol. Thus, the protocol might have the undesirable effect of diminishing the protection of detained persons during states of emergency.'²⁸¹

Ten aanzien van het recht op een eerlijk proces merkte het Comité bovendien op dat 'it would simply not be feasible to expect that all provisions of article 14 can remain fully in force in any kind of emergency', zodat het opnemen

278 VN Doc. E/1992/22 (E/CN.4/1992/84), *Report of the Forty-Eighth Session of the Commission on Human Rights* 1992, p. 92.

279 *Ibidem*.

280 VN Doc. E/VN.4/1994/2 (E/CN.4/Sub.2/1993/45), *Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on its Forty-Fifth Session*, p. 65.

281 VN Doc. A/49/40 (vol. I), p. 120 (Annex 9).

van artikel 14 in de lijst van *notstandsfeite* rechten in artikel 4 lid 2 IVBPR 'would not be appropriate'.²⁸²

Na dit negatieve advies werden de plannen voor een derde optioneel protocol niet doorgezet. Bij de discussie binnen het VN-Mensenrechtencomité over het concept voor *General Comment No. 29* in 1999 wees de opsteller van het concept, Comitélid Scheinin, er wel op dat het negatieve advies van het Comité over een derde optioneel protocol er eigenlijk toe dwong om in het *General Comment* een duidelijk standpunt in te nemen over de al dan niet niet-opschortbaarheid van *habeas corpus*, *amparo* en het recht op een eerlijk proces. Uiteindelijk heeft het VN-Mensenrechtencomité in *General Comment No. 29* inderdaad verklaard het recht op een effectief rechtsmiddel van artikel 2, derde lid, IVBPR *notstandsfeite* te achten:

'Article 2, paragraph 3, of the Covenant requires a State party to the Covenant to provide remedies for any violation of the provisions of the Covenant. This clause is not mentioned in the list of non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, but it constitutes a treaty obligation inherent in the Covenant as a whole. Even if a State party, during a state of emergency, and to the extent that such measures are strictly required by the exigencies of the situation, may introduce adjustments to the practical functioning of its procedures governing judicial or other remedies, the State party must comply with the fundamental obligation, under article 2, paragraph 3, of the Covenant to provide a remedy that is effective. (...)

It is inherent in the protection of rights explicitly recognized as non-derogable in article 4, paragraph 2, that they must be secured by procedural guarantees, including, often, judicial guarantees. The provisions of the Covenant relating to procedural safeguards may never be made subject to measures that would circumvent the protection of non-derogable rights. Article 4 may not be resorted to in a way that would result in derogation from non-derogable rights.'²⁸³

Deze passage lijkt erop te duiden dat het Mensenrechtencomité in vergelijking met het IAHRM iets minder ver gaat. Het Mensenrechtencomité koppelt de niet-opschortbare status van het recht op een effectief rechtsmiddel aan de expliciet niet-opschortbare rechten en niet óók aan de op zich wel opschortbare, maar niet daadwerkelijk opgeschorte rechten. Dit is te betreuren, aangezien de benadering van het IAHRM op dit punt als juridisch zuiverder valt aan te merken. Als het niet noodzakelijk geacht wordt om een bepaald recht op te schorten tijdens een bepaalde noodsituatie, dan moeten voor de bescherming van van dat recht ook de normale rechtsmiddelen ter beschikking staan.

Interessant en opvallend is dat de bovenstaande passage uit het *general comment* gevolgd wordt door een zin die beoogd is als illustratie, maar ook – en wellicht onbedoeld – een fundamentele standpuntbepaling inhoudt:

282 *Ibidem*.

283 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment* No. 29, § 14-15.

‘Thus, for example, as article 6 of the Covenant is non-derogable in its entirety, any trial leading to the imposition of the death penalty during a state of emergency must conform to the provisions of the Covenant, including all the requirements of articles 14 and 15.’

Het opvallende aan deze zin schuilt in de woorden ‘all the requirements’. In § 8.1.3.2 *supra* constateerde ik reeds dat zowel in de jurisprudentie van het EHRM als in die van het VN-Mensenrechtencomité een belangrijke eerlijk-procesdimensie was toegevoegd aan het *notstandfeste* recht op leven in geval van een procedure uitmondend in een doodvonnis. De vraag was daarbij echter nog of die eerlijk-procesdimensie van het recht op leven alle elementen van een eerlijk proces omvatte zoals die worden onderscheiden in artikel 14 IVBPR of het grotendeels vergelijkbare artikel 6 EVRM.

In de discussie over een eventueel derde facultatief protocol bij het IVBPR – midden jaren ‘90 – achtte het Mensenrechtencomité de *notstandfestheid* van alle elementen van het recht op een eerlijk proces ‘not feasible to expect’. Een groep van experts, bijeengeroepen door VN-rapporteur Despouy om een rapport op te stellen over de notstandsfeste rechten noemde in diezelfde periode het recht op een openbare terechtzitting en het recht op berechting binnen een redelijke termijn (beide onderdeel van het brede recht op een eerlijk proces) als voorbeelden van rechten waarvan afgeweken zou moeten kunnen worden tijdens een ‘public emergency’.²⁸⁴ In dit *general comment* uit 2001 proclameert het Mensenrechtencomité echter de afgeleid niet-opschortbare status van alle elementen van het recht op een eerlijk proces zoals gegarandeerd door artikel 14 IVBPR, althans voorzover het gaat om een procedure uitmondend in een doodvonnis.²⁸⁵ Waarom crisissomstandigheden in geval van oplegging van een doodvonnis op geen enkele manier een reden kunnen vormen voor afwijking van bepaalde onderdelen van het recht op een eerlijk proces en bij oplegging van bijvoorbeeld een levenslange gevangenisstraf wel, is echter niet op voorhand duidelijk. Het EHRM heeft hierover tot dusverre nog niet een even stellig standpunt ingenomen als het VN-Mensenrechtencomité.²⁸⁶

Uit de gepubliceerde verslagen van de discussies binnen het Mensenrechtencomité over het concept voor het *general comment* komt naar voren dat ten aanzien van de niet-opschortbaarheid van artikel 9, derde en vierde lid, IVBPR

284 Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances, opgenomen in VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20, annex I, § 7.

285 *En passant* en ten overvloede noemt het Comité dan ook de eis van artikel 15 IVBPR (geen strafwetgeving met terugwerkende kracht). Anders dan het Comité lijkt te suggereren vloeit de niet-opschortbaarheid van deze eis echter niet (of: niet alleen) voort uit de samenhang met het *notstandfeste* art. 6, maar (ook) uit het feit dat art. 15 IVBPR is opgenomen in het rijtje notstandsfeste rechten van art. 4.

286 Zoals in § 8.2.3 *infra* duidelijk zal worden, maakt het Mensenrechtencomité in *General Comment No. 29* buiten procedures leidend tot oplegging van de doodstraf wel onderscheid tussen niet-opschortbare en wel-opschortbare elementen van het recht op een eerlijk proces.

– onverwijldde voorgeleiding van gearresteerden aan een (rechterlijke) autoriteit respectievelijk recht van *habeas corpus* – binnen het Comité ernstige meningsverschillen bestonden, zodat uiteindelijk beslist is om een expliciete verwijzing naar dit artikel in de tekst van het *general comment* maar te vermijden.²⁸⁷ Desalniettemin wordt in § 16 van het *general comment* aangegeven dat '[i]n order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party's decision to derogate from the Covenant'. Deze passage kan mijns inziens moeilijk anders worden gelezen dan als het toekennen van een afgeleid niet-opschortbare status aan het recht van *habeas corpus* door het Mensenrechtencomité en het toekennen van die status aan dit recht is vanuit het perspectief van de opinie van het Mensenrechtencomité over de niet-opschortbaarheid van het recht op een effectief rechtsmiddel zoals genoemd in artikel 2, derde lid, IVBPR denk ik ook onvermijdelijk. In geval van arrestatie en detentie is *habeas corpus* immers hét rechtsmiddel waarmee een oordeel van een onafhankelijke instantie over de rechtmatigheid van het overheidsoptreden verkregen kan worden en daarmee hét instrument dat voldoet aan de effectiviteitseisen van artikel 2, derde lid, IVBPR.²⁸⁸ Terecht stelt De Zayas dat 'a complete derogation from articles 9 and 14 would appear to be incompatible with a State party's general undertaking' op grond van artikel 2, derde lid, onder a en b, IVBPR.²⁸⁹ Bovendien kan in meer algemene zin worden opgemerkt dat het nemen van (nood)maatregelen die afwijken van de verplichtingen die staten hebben op grond van internationale mensenrechtenverdragen zonder enige vorm van 'judicial review' in ernstige mate afbreuk zou doen aan de 'rule of law' en de gedachte van machtscheiding die inherent zijn aan het functioneren van een democratische rechtsstaat, terwijl het concept van een democratische rechtsstaat nu juist aan de basis ligt van verdragen als het EVRM en het AVRVM en een voorwaarde vormt voor lidmaatschap van de organisaties in het kader waarvan deze verdragen tot stand zijn gebracht (de Raad van Europa en de Organisatie van Amerikaanse Staten).²⁹⁰

287 Zie m.n. VN Doc. CCPR/C/SR.1878 (2000), § 2.

288 Zie voor een overzicht van deze effectiviteitseisen Nowak 1993, p. 61-65. Van belang is m.i. vooral dat het rechtmatigheidsoordeel vervaardigd moet zijn in een beslissing waarvan de naleving *afdwingbaar* is. In *General Comment No. 8* over art. 9 IVBPR merkt het Mensenrechtencomité zelf op dat preventieve (administratieve) detentie 'must be based on grounds and procedures established by law (...), information of the reasons must be given (...) and court control of the detention must be available (...) as well as compensation in the case of a breach'. In art. 60 van de *Siracusa Principles* wordt in het kader van effectieve rechtsmiddelen vooral gewezen op de instandhouding van normale gerechtelijke procedures gedurende noodtoestanden: 'The ordinary courts shall maintain their jurisdiction, even in a time of public emergency, to adjudicate any complaint that a non-derogable right has been violated'.

289 De Zayas 1996, p. 230.

290 Zie preambule en art. 1, 3 en 8 Statuut Raad van Europa en art. 2 en 9 Charter OAS.

Zoals het recht op een effectief rechtsmiddel, zover het beroep op dit recht wordt gedaan in relatie tot de schending van een van de in de opschortingsbepaling opgesomde niet-opschortbare rechten, als afgeleid *notstandsfest* kan worden beschouwd, geldt dit ook voor het verbod van discriminatie (artikel 14 EVRM, artikel 26 IVBPR). Terecht betoogt Oraá dat 'a State cannot (...) discriminate in the suspension of the non-derogable rights simply because it not allowed to suppress those rights'.²⁹¹ Afwijking van het discriminatieverbod is met deze redenering echter nog wel mogelijk bij de bescherming van die rechten die niet in de opschortingsbepaling expliciet als *notstandsfest* worden aangemerkt.

Het eerste lid van artikel 4 IVBPR vereist evenwel dat de grondrechtenop-schortende maatregelen die door een verdragsstaat worden genomen 'do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin'.²⁹² Dit vereiste wordt nader besproken in § 8.4 *infra*. Hier zij echter reeds opgemerkt dat de ECieRM en het EHRM in de zaak *Ireland/United Kingdom* aan het algemene discriminatieverbod van artikel 14 EVRM een zelfde – *notstandsfeste* – betekenis hebben toegekend als aan het specifieke beginsel van non-discriminatie zoals dit is opgenomen in artikel 4 IVBPR. Verder meent het VN-Mensenrechtencomité dat het discriminatieverbod van artikel 4, eerste lid, IVBPR een niet-opschortbare status geeft aan bepaalde onderdelen van de overige bepalingen in het IVBPR die een uiting vormen van het non-discriminatiebeginsel en die niet zijn opgenomen in het rijtje *notstandfeste* rechten van artikel 4, tweede lid:

'According to article 4, paragraph 1, one of the conditions for the justifiability of any derogation from the Covenant is that the measures taken do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin. Even though article 26 or the other Covenant provisions related to non-discrimination (articles 2, 3, 14, paragraph 1, 23, paragraph 4, 24, paragraph 1, and 25) have not been listed among the non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, there are elements or dimensions of the right to non-discrimination that cannot be derogated from in any circumstances.'²⁹³

In § 8.2.1 *supra* kwam reeds aan de orde dat artikel 10 IVBPR, het recht van gedetineerden op een menswaardige behandeling, in de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité een afgeleid *notstandsfeste* status heeft gekregen, vanwege de nauwe samenhang met het expliciet *notstandsfeste* folterverbod. Dat geldt ook voor het verbod van *refoulement*, dat – zoals duidelijk werd in § 8.1.4.5 *supra* – als inherent aan het folterverbod wordt beschouwd.

291 Oraá 1992, p. 103.

292 Zo ook in art. 27 lid 1 AVR.M.

293 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 8.

Geconcludeerd kan worden dat er buiten de expliciet in artikel 4, tweede lid, IVBPR en artikel 15, tweede lid, EVRM opgesomde *notstandsfeste* rechten een aantal rechten kan worden genoemd dat zijn niet opschortbare status ontleent aan het essentiële belang voor of de nauwe samenhang met de bescherming van expliciet *notstandsfeste* rechten, te weten: het recht op effectief rechtsmiddel voorzover dit recht wordt ingeroepen in relatie tot de schending van een of meer van de expliciet *notstandsfeste* rechten; het recht van *habeas corpus*; het recht op een eerlijk proces in geval van oplegging van de doodstraf; het verbod van discriminatie voorzover gebaseerd op bepaalde gronden; het recht van gedetineerden op een menswaardige behandeling en het verbod van *refoulement*.

Daarbij zij opgemerkt dat het spreken over het recht op een effectief rechtsmiddel en het recht van *habeas corpus* in termen van *notstandfestheid* vooral geschiedt door het VN-Mensenrechtencomité en het IAHRM en niet door de ECieRM en het EHRM. Desalniettemin meen ik dat de standpunten van VN-Mensenrechtencomité en IAHRM ook van belang zijn binnen het kader van het EVRM. De *notstandsfestheid* van het recht op *habeas corpus* (artikel 5, vierde lid, EVRM; artikel 9, vierde lid, IVBPR) betekent echter naar mijn mening niet automatisch óók dat gedurende een 'public emergency threatening the life of the nation' geen afwijking is toegestaan van artikel 5, derde lid, EVRM (of artikel 9, derde lid, IVBPR)²⁹⁴ en de onder dit artikel fungerende strenge jurisprudentiële eis van voorgeleiding binnen een termijn van ten hoogste vier dagen (af te leiden uit het *Brogan*-arrest).²⁹⁵ Verderop in dit hoofdstuk zal ik hier nog op terugkomen.

8.2.2 Niet-opschortbaarheid voortvloeiend uit de constitutieve systematiek of interne structuur van de mensenrechtenverdragen

Oraá wijst er terecht op dat tijdens de totstandkomingsonderhandelingen van zowel het EVRM als het IVBPR de opschortingsbepaling weliswaar reeds in een zeer vroeg stadium van die onderhandelingen op zodanige wijze was geformuleerd dat de door die bepaling mogelijk te maken opschorting alleen betrekking had op materiële bepalingen van de respectievelijke verdragen (dus de opgesomde fundamentele rechten), maar dat de uiteindelijke formulering van de opschortingsbepaling de verdragsstaten toestaat om af te wijken van hun

294 Anders Svensson-McCarthy 1998, p. 447. Aansluitend bij de opinie van het Mensenrechtencomité in de discussie over een eventueel derde facultatief protocol bij het IVBPR merkt zij art. 9 lid 3 IVBPR aan als 'inherent aan het geheel van het verdrag' en derhalve niet-opschortbaar. Zij meent dat deze lijn ook gevolgd zou moeten worden t.a.v. art. 5 lid 3 EVRM.

295 In het *Brogan*-arrest werd weliswaar geen maximum-termijn genoemd waarbinnen voorgeleiding diende plaats te vinden, maar een termijn van 4 dagen en 6 uur werd wel te lang geacht, zie § 5.7.2.2 *supra*.

‘verplichtingen’ onder de respectievelijke verdragen, zonder daarbij een specifiek deel van de verplichtingen aan te duiden.²⁹⁶ Dit deed de vertegenwoordiger van Uruguay tijdens die totstandkomingsonderhandelingen opmerken dat ‘while there was to be no derogation from certain provisions, derogation could be made from the rest of the Covenant, including the measures of implementation’.²⁹⁷ De vraag is of deze opvatting juist is: kan op grond van de opschortingsbepaling behalve van de *notstandsfeite* rechten van alle andere verdragsbepalingen worden afgeweken?

Indien deze opvatting correct zou zijn, zou dit zeer verstrekkende gevolgen hebben voor het *effet utile* van de mensenrechtenverdragen. Immers, stelt Oraá terecht:

‘The recognition by States parties of the right to derogate from the machinery of implementation of the treaties, especially from the right to individual petition and from the right of inter-State complaints, would preclude any check by the bodies established by the treaties of the lawful application of the derogation clause according to its conditions and principles.’²⁹⁸

In het licht van hetgeen ik in § 3.5.1.4 en § 3.5.3 *supra* reeds heb opgemerkt over de bijzondere karakteristieken en constitutieve systematiek van de mensenrechtenverdragen behoeft het weinig betoog dat opschorting van de verdragsverplichtingen die samenhangen met het functioneren van het toezichtsmechanisme mijn inziens moet worden afgewezen. Ten aanzien van het individueel klachtrecht onder het IVBPR zou daar het formele argument aan toegevoegd kunnen worden dat het Eerste Facultatieve Protocol bij het IVBPR, waarin dat individueel klachtrecht geregeld is, geen opschortingsbepaling kent. Nu geeft de praktijk onder het IVBPR en EVRM ook geen voorbeelden te zien van staten die met een beroep op de opschortingsbepaling volledig onder hun verplichtingen in het kader van het toezichtsmechanisme trachten uit te komen: staten hebben nooit opschortingsnotificaties afgegeven met betrekking tot bijvoorbeeld de rapportageverplichting onder het IVBPR of de rechtsmachterkenning van de Straatsburgse instanties onder het EVRM. Wat wel met een zekere regelmaat is voorgekomen is dat partijstaten bij het IVBPR onder verwijzing naar het bestaan van een noodtoestand in hun land (een noodtoestand in verband waarmee zij een beroep hadden gedaan op artikel 4 om bepaalde rechten op te schorten), aan het VN-Mensenrechtencomité verzochten om uitstel van de behandeling van de door hen in te dienen periodieke statenrapportage ex artikel 40.²⁹⁹ Binnen het Mensenrechtencomité is echter juist gediscussieerd over een procedure om staten die een opschortingsnotificatie hebben ingediend

296 Oraá 1992, p. 102.

297 VN Doc. A/2929, § 45.

298 Oraá 1992, p. 106.

299 McGoldrick 1994, p. 307.

te verzoeken om een speciale tussentijdse statenrapportage en hoewel deze speciale procedure er uiteindelijk om diverse redenen niet gekomen is (hetgeen nader besproken zal worden in § 10.2.1 *infra*), wijst het enkele feit dat de discussie gevoerd werd er al op dat het Comité in het geheel niet denkt aan de eventuele mogelijkheid van opschorting van de verplichting tot het indienen van statenrapportages.

De Straatsburgse organen hebben in hun jurisprudentie nooit iets opgemerkt over de eventuele mogelijkheid van opschorting van de verdragsverplichtingen met betrekking tot het toezichtsmechanisme. Wel kan erop worden gewezen dat het verdrag voor de inwerkingtreding van het Elfde Protocol een speciale regeling voor de erkenning van het individueel klachtrecht en de aanvaarding van de rechtsmacht van het EHRM kende, die als *lex specialis* voor begin en einde van de verplichtingen van de verdragsstaten op dit punt beschouwd kan/kon worden. In deze regeling was voorzien in de mogelijkheid van klachtrechterkenning en rechtsmachtaanvaarding voor bepaalde tijd (artikel 25, tweede lid, en artikel 46, tweede lid, EVRM-oud), maar deze erkenning en aanvaarding kon ook voor onbepaalde tijd geschieden. Ten aanzien van die erkenning en aanvaarding voor onbepaalde tijd is onder meer door Alkema en Van der Velde opgemerkt dat die niet op elk gewenst tijdstip zou kunnen worden beëindigd, aangezien staten anders door erkenning of aanvaarding voor onbepaalde tijd als het ware zelf een opzeggingsmogelijkheid zouden creëren die zich zou lenen voor opportunistisch gebruik.³⁰⁰ Onder het nieuwe EVRM zijn het individueel klachtrecht en de rechtsmacht van het EHRM mandator en zijn daarover geen speciale bepalingen meer in het verdrag. Het *lex specialis*-argument is derhalve nu vervallen. Indien staten zich nu met een beroep op de opschortingsbepaling zouden kunnen onttrekken aan het toezichtsmechanisme zou zich echter hetzelfde onaanvaardbare risico voordoen als door Alkema en Van der Velde geschetst onder het oude EVRM. Een zodanige gang van zaken is ook niet te verenigen met het EHRM-standpunt in het arrest *Loizidou/Turkey* waarin het Hof materiële of territoriale beperkingen ten aanzien van de klachtrechterkenning en rechtsmachtaanvaarding ontoelaatbaar oordeelde.³⁰¹

Bij de voorbereiding van *General Comment No. 29* heeft het VN-Mensenrechtencomité ook stilgestaan bij de vraag tot welke bepalingen de opschortingsmogelijkheid van artikel 4 IVBPR zich nu precies uitstrekt. Tijdens een bespreking van één van de door comitélid Scheinin opgestelde concepten voor dit *General Comment* gaven diverse Comitéleden aan dat de interne logica en structuur van het IVBPR met zich brengt dat ook artikel 2 IVBPR en artikel 4 IVBPR zelf als *notstandsfeest* worden beschouwd.³⁰² Zoals in de voorgaande paragraaf reeds aan de orde kwam, is met betrekking tot artikel 2, derde lid,

300 Alkema 1985, p. 7; Van der Velde 1997, p. 245-246.

301 EHRM 23 maart 1995, *Series A* Vol. 310 (*Loizidou/Turkey*; preliminary objections), § 77.

302 Zie VN Doc. CCPR/C/SR.1797 (1999).

IVBPR – het recht op een effectief rechtsmiddel en daadwerkelijk rechtsherstel in geval van schending van de IVBPR-rechten – in het *General Comment* expliciet tot uitdrukking gekomen dat de verplichtingen van de staten onder dit artikel lid niet-opschortbaar zijn. Deze niet-opschortbaarheid wordt door het Mensenrechtencomité afgeleid uit de essentiële betekenis van het recht op een effectief rechtsmiddel voor de bescherming van de expliciet *notstandsfeite* rechten, maar ook uit het feit dat artikel 2, derde lid, IVBPR ‘constitutes a treaty obligation inherent in the Covenant as a whole’.³⁰³ De niet-opschortbaarheid van dit recht wordt derhalve ook afgeleid uit de systematiek en structuur van het IVBPR als zodanig.

Ik ben overigens geneigd om de niet-opschortbare status van artikel 2 IVBPR niet te beperken tot het derde lid. Ook de algemene verplichting voor de verdragsstaten om de in het IVBPR opgesomde rechten te respecteren en deze aan een ieder binnen zijn rechtsmacht te verzekeren uit het eerste lid is mijns inziens dermate fundamenteel voor de structuur van het verdrag dat deze niet opgeschort kan worden. Immers, met het opschorten van die algemene verplichting zouden de waarborgen ten aanzien van alle in het verdrag opgesomde rechten (ook de *notstandsfeite* rechten) in wezen komen te vervallen en zou ook afgeweken kunnen worden van de strikte noodzakelijkheids- en proportionaliteitseisen die artikel 4 IVBPR stelt. Dit staat dan haaks op de gedachte van de opschortingsbepaling dat alleen beperkte en strikt gelimiteerde opschorting van bepaalde verplichtingen mogelijk is.³⁰⁴

Enigszins in lijn hiermee onderscheidt Oraá nog een drietal andere categorieën bepalingen in de mensenrechtenverdragen die op basis van de systematiek en structuur van die verdragen een *notstandsfeite* status dient te worden toegekend, namelijk:³⁰⁵

- het verbod voor de verdragsstaten om de in de verdragen gegarandeerde rechten verdergaand te beperken dan in de verdragen zelf voorzien,³⁰⁶
- het verbod voor de verdragsstaten om de in de verdragen gegarandeerde rechten te beperken voor een ander doel dan in de verdragen zelf voorzien,³⁰⁷

303 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment* No. 29, § 14.

304 Vgl. het oordeel van het IAHRM over voorbehouden t.a.v. de niet-opschortbare rechten, besproken in § 4.8 *supra*. Opgemerkt zij dat desalniettemin incidenteel door staten wel een opschortingsverklaring is afgegeven m.b.t. het volledige artikel 2 IVBPR, nl. Nicaragua in 1980 en Soedan in 1991. Opschorting van de verplichtingen onder art. 2 lid 3 is in de geschiedenis veelvuldiger voorgekomen. Zie het overzicht van opschortingsnotificaties in Nowak 1993, p. 780-813.

305 Oraá 1992, p. 103.

306 Art. 17 EVRM, art. 5 lid 1 IVBPR, art. 29 sub a AVR.M.

307 Art. 18 EVRM, art. 30 AVR.M. Het IVBPR bevat geen bepaling hierover.

- het verbod voor de verdragsstaten om met een beroep op de verdragsbepalingen de mensenrechten minder bescherming te bieden dan voorzien in het nationale recht of in andere verdragen.³⁰⁸

Hij verklaart de *notstandsfeite* status van deze bepalingen als volgt:

'The conflict between these provisions and the derogation clause can be presented as follows: on the one hand, these provisions prohibit, for instance, any act aimed at destroying or limiting the rights, but on the other hand, the derogation clause allows the State to derogate from the obligations of the treaty, one of which is precisely that contained in that general exception clause. The problem is then which of these clauses has primacy. The logical conclusion is to give priority to the general exception provisions over the derogation clause, and consequently to prohibit the derogating State in a public emergency from committing any act aimed at destroying or limiting the right or freedom recognized, more than is necessary according to the derogation clause. Therefore, these provisions containing general exceptions should be deemed non-derogable in states of emergency.'³⁰⁹

De internationale toezichthoudende organen hebben tot dusverre geen jurisprudentie afgeleverd waarin expliciet ingegaan werd op de verhouding tussen de opschortingsbepaling en de bovengenoemde bepalingen. In de *Greek case* stelden de klagende staten zich wel op het standpunt dat de grondrechtenop-schortende noodmaatregelen van het Griekse kolonelsregime verboden waren op grond van artikel 17 en 18 EVRM.³¹⁰ Aangezien de Commissie het beroep op de opschortingsbepaling in deze zaak echter ongegrond achtte, kwam zij niet toe aan een oordeel over de vraag of de Griekse grondrechtenop-schortende maatregelen in strijd kwamen met artikel 17 en 18 EVRM.³¹¹

8.2.3 Niet-op-schortbaarheid voortvloeiend uit normen van *ius cogens* of humanitair recht

De drie opschortingsbepalingen, artikel 15 EVRM, artikel 4 IVBPR en artikel 27 AVRVM, hebben vier niet-op-schortbare rechten gemeenschappelijk: het recht op leven, het verbod van foltering en onmenselijke behandeling, het verbod van slavernij en dwangarbeid en het verbod van strafwetgeving met terugwerkende kracht. In de literatuur wordt tamelijk algemeen aangenomen dat deze rechten hun *notstandsfeite* status niet alleen ontleen aan het feit dat zij expliciet

308 Art. 53 EVRM, art. 5 lid 2 IVBPR, art. 29 sub b AVRVM.

309 Oraá 1992, p. 104.

310 Zie 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. 111, § 221.

311 *Idem*, p. 112, § 225.

genoemd worden in de mensenrechtenverdragen, maar ook aan het feit dat zij moeten worden aangemerkt als normen van *ius cogens*. Daarnaast is het feit dat de drie mensenrechtenverdragen deze normen kwalificeren als *notstandsfest*, juist een belangrijke reden om ze te beschouwen als normen van *ius cogens*.³¹²

Naast deze vier *notstandsfeste* rechten zijn er echter nog diverse andere rechten waarvan de niet-opschortbaarheid wordt beargumenteerd door te verwijzen naar normen van *ius cogens* of regels van humanitair recht. Een eerste terrein waarop dergelijke rechten kunnen worden onderscheiden is dat van de rechtmatigheidscontrole op detentie en eerlijke gerechtelijke procedures.

Detentie mag volgens artikel 9, eerste lid, IVBPR en artikel 5, eerste lid, EVRM niet op willekeurige basis plaatsvinden.³¹³ Vrijheidsbeneming is slechts toegestaan indien deze plaatsvindt op wettige gronden en op de wijze zoals voorzien in nationale wetgeving. Waar het IVBPR de bepaling van de gronden waarop vrijheidsbeneming is toegestaan in beginsel tot een kwestie voor de nationale wetgever verklaart (mits deze de redelijkheid van de gronden voldoende duidelijk kan maken en de belangenafweging die daaraan ten grondslag ligt zich laat verenigen met de andere door het verdrag gegarandeerde rechten), geeft artikel 5 EVRM in het eerste lid een limitatieve opsomming van de gevallen waarin vrijheidsbeneming is toegestaan. Het derde en vierde lid van zowel artikel 9 IVBPR als artikel 5 EVRM maken echter duidelijk dat ieder die wordt gearresteerd of gevangen gehouden onverwijld voor een rechter of andere door de wet bevoegd verklaarde autoriteit moet worden geleid en het recht heeft om op korte termijn een rechterlijk oordeel te vragen over de rechtmatigheid van de detentie.

Artikel 9 IVBPR en artikel 5 EVRM worden in de opschortingsbepalingen niet als *notstandsfest* aangemerkt. Zoals in § 8.2.1 en 8.2.2 *supra* reeds aan de orde kwam, kan desalniettemin uit de jurisprudentie van de diverse internationale toezichthoudende organen worden afgeleid dat het verbod op willekeurige detentie en het recht op effectieve rechterlijke controle op de rechtmatigheid van detentie wel degelijk deze *notstandsfeste* status toekomt. Het VN-Mensenrechtencomité stelt in *General Comment No. 29* dat deze normen kunnen worden aangemerkt als normen van *ius cogens*:

‘The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law. The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7). (...) Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of

312 Seiderman 2001, hoofdstuk III, § 2.

313 Art. 9 lid 1 IVBPR stelt o.m. ‘No one shall be subject to arbitrary arrest or detention’.

non-derogable provisions as given in article 4, paragraph 2. States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence.³¹⁴

Het comité voegt daaraan toe dat bepaalde elementen van het recht op een eerlijk proces zelfs expliciet gegarandeerd worden onder het internationale humanitaire recht dat van toepassing is op gewapende conflicten.³¹⁵ Het comité acht het dan ook niet gerechtvaardigd om tijdens andere noodsituaties wél van die normen af te wijken:

‘The Committee is of the opinion that the principles of legality and the rule of law require that fundamental requirements of fair trial must be respected during a state of emergency. Only a court of law may try and convict a person for a criminal offence. The presumption of innocence must be respected. In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party’s decision to derogate from the Covenant.’³¹⁶

Het Mensenrechtencomité geeft in zijn *general comment* echter geen exacte opsomming van de elementen van het recht op een eerlijk proces die wel en de elementen van dit recht die niet-opschortbaar zijn. Speciaal VN-rapporteur inzake mensenrechten en noodtoestanden Despouy leidt uit het feit dat de mensenrechten als algemeen uitgangspunt hebben dat beperkingen van de

314 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 11. Dat het Mensenrechtencomité het recht van habeas corpus van artikel 9 IVBPR inderdaad als notstandsfeit beschouwd wordt bevestigd door de praktijk van het Comité na vaststelling van General Comment No. 29 in 2001. Zo merkte het Comité in zijn recente *Concluding Observations* naar aanleiding van de statenrapportage door Albanië het volgende op: ‘The Committee notes with concern the State party’s interpretation of possible derogations from articles 9, paragraph 4, and 10, paragraph 1, of the Covenant during a state of emergency (art. 4). In the light of the Committee’s General Comment No. 29, the State party should ensure that, in order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of a detention, as well as the right of all persons deprived of their liberty be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person, must not be reduced by a derogation from Covenant provisions during the state of emergency.’ VN Doc CCPR/CO/82/ALB (1 november 2004).

315 *Idem*, § 16.

316 *Ibidem*. Deze passage uit het general comment is grotendeels gebaseerd op de ‘jurisprudentie’ die het Comité heeft ontwikkeld in zijn bespreking van de statenrapportage door Israël. In zijn *Concluding Observations over Israël* uit 1998 (VN Doc. CCPR/C/79/Add.93) stelt het Comité in § 21: ‘The Committee considers the present application of administrative detention to be incompatible with articles 7 and 16 of the Covenant, neither of which allows for derogation in times of public emergency (...). The Committee stresses however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention.’

in die verdragen gegarandeerde rechten noodzakelijk dienen te zijn in een democratische samenleving af dat '[d]erogation measures that weaken the role of the courts by interfering with their independence, curtailing access to them or diluting the procedural rights which are essential to ensure fairness proceedings are incompatible with the requirements of a democratic society'.³¹⁷ Ook deze formulering is echter nog niet geheel precies, want de vraag hierbij blijft welke procedurele rechten nu essentieel zijn om een eerlijk proces te garanderen.

Zowel in de studie van Stavros uit 1992,³¹⁸ als in de *Paris Minimum Standards* van de ILA uit 1984 (section C, artikel 7), de *Siracusa Principles* uit 1985 (artikel 67 en 69) en de *Declaration of Minimum Humanitarian Standards* uit 1990³¹⁹ (artikel 9) worden aan de hand van de beginselen van een eerlijk proces zoals gegarandeerd door gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies en Protocol II bij deze Conventies uit 1977 en aan de hand van de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité over artikel 14³²⁰ lijstjes geformuleerd van onderdelen van het recht op een eerlijk proces die als niet-opschortbaar moeten worden aangemerkt. Deze lijstjes komen in grote mate met elkaar overeen en bevatten in alle gevallen de volgende elementen van het recht op een eerlijk proces:

- berechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht;
- het recht van verdachten in strafprocedures om onverwijld op de hoogte te worden gesteld van de aard en reden van de tegen hen ingebrachte beschuldiging;³²¹
- het recht om te beschikken over voldoende faciliteiten voor het voeren van een verdediging, indien gewenst met hulp van een onafhankelijke rechtshulpverlener van eigen keuze, zonodig op kosten van de overheid;
- de onschuldpresumptie;
- het recht om in tegenwoordigheid te worden berecht;
- het recht niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen;

317 *Eighth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency*, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur, VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20, Annex 1, § 35.

318 Stavros 1992, p. 348-365.

319 Vastgesteld door een conferentie van mensenrechten- en internationaal recht deskundigen aan de Abo Universiteit in Turku op 2 december 1990 en o.m. gepubliceerd in VN Doc. E/CN.4/1995/116.

320 Zie daarover o.m. Chowdhury 1989, p. 205-210, die o.m. de jurisprudentiële achtergrond van art. 7 van Section C van de *Paris Minimum Standards* schetst.

321 Hoewel dit niet expliciet genoemd wordt in o.m. de *Siracusa Principles*, noch in de *Paris Minimum Standards*, moet, zo blijkt uit de achtergrondinformatie verschaft door Hartman (over de *Siracusa Principles*) respectievelijk Chowdhury (over de *Paris Minimum Standards*), onder deze eis ook begrepen worden dat de beschuldigde wordt geïnformeerd in een taal die hij verstaat (zoals ook geëist wordt in artikel 6 lid 3EVRM en artikel 14 lid 3 IVBPR).

- het recht om getuigen à décharge te (doen) ondervragen tijdens de zitting;
- het recht om in het openbaar berecht te worden, tenzij het gerecht om veiligheidsredenen beveelt dat de zitting achter gesloten deuren dient plaats te vinden;
- het beginsel dat veroordeling slechts plaatsvindt op basis van individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid;
- het verbod van strafwetgeving met terugwerkende kracht;
- de verplichting om een veroordeelde te wijzen op de rechtsmiddelen die open staan tegen zijn veroordeling;
- het beginsel van *ne bis in idem*;
- het recht van hoger beroep.

Met betrekking tot deze elementen van het recht op een eerlijk proces lijkt de niet-opschortbaarheid, vooral vanwege de bescherming geboden door normen van humanitair recht tijdens gewapende conflicten, derhalve genoegzaam aangetoond.

Deze lijst van niet-opschortbare elementen van het recht op een eerlijk proces maakt verder duidelijk dat er slechts een paar elementen van het recht op een eerlijk proces zijn waarvan de opschorting in tijden van nood acceptabel wordt geacht: het recht op in het openbaar berecht te worden, het recht om binnen een redelijke termijn berecht te worden en het beginsel van 'equality of arms' in de opvoering en ondervraging van getuigen.³²² Opschorting van deze elementen van het recht op een eerlijk proces moet dan echter wel steeds voldoen aan de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis zoals opgenomen in de opschortingsbepaling.

Een tweede terrein waar normen van humanitair recht in combinatie met bepalingen van specifieke mensenrechtenverdragen leiden tot afgeleid niet-opschortbare rechten is het terrein van de rechten van het kind en zijn/haar gezinsrelaties. In § 4.2 *supra* is reeds opgemerkt dat het VN-Mensenrechtencomité in zijn *General Comment No. 29* bijzondere waarde hecht aan het feit dat het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind geen opschortingsbepaling kent en dat het uit artikel 38 IVRK afleidt dat dit verdrag ook van toepassing is tijdens gewapende conflicten. Nu kan men van mening verschillen of uit artikel 38 IVRK zonder meer kan worden afgeleid dat alle in dit verdrag gegarandeerde rechten een *notstandsfeite* status toekomt (in § 4.2. *supra* heb ik reeds aangegeven het standpunt van het Mensenrechtencomité op dit punt merkwaardig te vinden). In de literatuur wordt het feit dat het IVRK door vrijwel alle staten ter wereld is geratificeerd en in artikel 38, vierde lid, een opdracht aan de verdragsstaten bevat om – in overeenstemming met hun verplichtingen op grond van het internationale humanitaire recht – alle uitvoerbare maatregelen te nemen ter waarborging van de bescherming en

322 Despouy Report 1995, Annex 1, § 36.

verzorging van kinderen tijdens gewapende conflicten, veelal beschouwd als een indicatie dat juist ten aanzien van de speciale bescherming die kinderen en hun gezinsrelaties toekomt tijdens gewapende conflicten sprake is van niet-opschortbare verplichtingen.³²³ De Geneefse Conventies en de daarbij behorende Protocolen bevatten diverse bepalingen die beogen 'to protect the integrity and unity of the family and the special protection to which children are entitled during times of armed conflict, occupation and internal disturbances', zoals een recht voor kinderen om niet gescheiden te worden van hun ouders.³²⁴

Als derde terrein waarop sprake is van niet-opschortbare verplichtingen voortvloeiend uit (of samenhangend met) regels van humanitair recht kan genoemd worden het terrein van het recht op voedsel, het recht op onderdak en het recht op adequate gezondheidszorg.

In dit verband wordt wel opgemerkt dat onder meer uit de positieve verplichtingen die voortvloeien uit het recht op leven zoals gegarandeerd door de mensenrechtenverdragen het bestaan van een 'obligation to accept international assistance' kan worden afgeleid. In geval van een crisissituatie veroorzaakt door een gewapend conflict, een natuurramp of een andere noodsituatie waarbij sprake is van ernstig gebrek aan voedsel, woonruimte of medische hulp voor de slachtoffers, mag een staat niet zonder meer weigeren internationale hulpverlenende instanties toe te laten of hulp door andere staten afwijzen. Deze verplichting voortvloeiend uit de bescherming van het recht op leven onder de mensenrechtenverdragen loopt parallel met de verplichtingen zoals die voortvloeien uit normen van humanitair recht over de hulpverlening aan slachtoffers van conflicten.³²⁵ Uit deze normen vloeit voort dat de staat op wiens territorium de slachtoffers zich bevinden weliswaar moet toestemmen in de toelating van internationale of buitenlandse hulpverleners is, maar deze

323 Zie o.m. Despouy Report 1995, § 27 en Annex 1, § 37-38; Lücker-Babel 1996, p. 391-401 (met verwijzingen naar verdere literatuur).

324 Despouy Report 1995, Annex 1, § 38.

325 Relevant is in dit verband dat de voorziening van voedsel en andere goederen aan krijsgevangenen, geïnterneerde burgers en de bewoners van bezette gebieden wordt gereguleerd door art. 26-32 en 72-75 van de Derde Geneefse Conventie en art. 23, 55-63 en 108-111 van de Vierde Geneefse Conventie. Additioneel Protocol I uit 1977 bevat verdere normen m.b.t. hulpverlening aan de burgerbevolking die slachtoffer is van een internationaal gewapend conflict (art. 69-71 en 81). Gemeenschappelijk art. 3 van de Geneefse Conventies en Additioneel Protocol II (art. 5.1(b) en (c) en 18.2) voorzien in humanitaire hulpverlening aan burgers – en ook aan gedetineerden en geïnterneerden – tijdens niet-internationale gewapende conflicten.

toestemming niet op willekeurige gronden kan weigeren. Het weigeren is alleen toegestaan 'for reasons that cannot be contested'.³²⁶

Rottensteiner vatte in 1999 de stand van het internationale humanitaire recht met betrekking tot humanitaire hulpverlening goed samen:

'Humanitarian organizations have the right to offer humanitarian aid to States without this being regarded as interference in the internal matters of a state. They further have the right to furnish humanitarian assistance provided that they obtain the consent of the government concerned. Consent must be given when the necessary requirements are fulfilled, i.e., that the international relief operation is of an exclusively humanitarian and impartial nature and conducted without any adverse distinction vis-à-vis those in need. In practice, humanitarian organizations also need the agreement of a non-State party to a conflict which is in de facto control of the territory where the relief operation is to be carried out. The ICRC Commentaries on the Protocols state that the fact that consent is required does not mean that the decision on a relief operation is left to the discretion of the parties; "If the survival of the population is threatened and a humanitarian organization fulfilling the required conditions of impartiality and non-discrimination is able to remedy this situation, relief actions must take place (...) [A] refusal would be equivalent to a violation of the rule prohibiting the use of starvation as a method of combat [zoals neergelegd in artikel 70.1 Protocol I en artikel 18.2 Protocol II – JPL] (...). Once a relief operation is accepted in principle, the authorities are under an obligation to cooperate, for example by facilitating the rapid transit of relief consignments and by ensuring the safety of convoys. Parties to the conflict, however have a right to supervise the operation and impose certain restrictions, such as the arrangement of transits in accordance with a precise timetable and itinerary, and the search of convoys.'³²⁷

Onder verwijzing naar jurisprudentie van de Neurenberg-tribunalen, het Joegoslavië-Tribunaal en het Rwanda-Tribunaal komt zij vervolgens met steekhoudende argumenten – die ik hier met het oog op de omvang van deze studie niet zal herhalen – om de weigering van het toelaten van humanitaire hulpverlening onder bepaalde omstandigheden aan te merken als een internationaal misdrijf (bijvoorbeeld een misdrijf tegen de menselijkheid, een oorlogsmisdrijf of zelfs een daad van genocide), dat vervolgd zou kunnen worden voor het International Strafhof.³²⁸

326 Boisson de Chazournes 1996, p. 468 (met verwijzingen naar verdere literatuur over dit onderwerp). Vgl. ook artikel 5 van de resolutie van het *Institute of International Law* over de bescherming van mensenrechten en het beginsel van niet-inmenging in binnenlandse aangelegenheden van staten, aanvaard op 13 september 1989: 'States in whose territory these emergency situations [where the life or health of the population is seriously threatened] exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance' (*Yearbook Institute of International Law* 1989 (vol. 63), part II, p. 338-345).

327 Rottensteiner 1999, p. 556-557.

328 *Idem*, p. 558-582.

Gezien deze stand van het internationale humanitaire recht en het internationale strafrecht en gezien het feit dat de internationale strafbaarheid van (daden van) genocide en misdrijven tegen de menselijkheid niet beperkt is tot perioden van gewapende conflicten in de zin van het humanitaire recht, maar ook voor geldt in perioden van minder ernstige – ‘normale’ – spanningen, ongeregelheden en onlusten, kan mijns inziens worden gesteld dat ook ten aanzien van bepaalde sociale grondrechten, zoals het recht op voedsel, huisvesting en gezondheidszorg (artikel 11 en 12 IVESCR), kan worden gesproken van een *notstandsfeste* kern. Ook gedurende een noodtoestand of andere crisissituatie die de staatsveiligheid ernstig bedreigt, moet de ‘very hard core’ van deze rechten onaangetast blijven. Dat wil zeggen dat altijd een zodanige hoeveelheid voedsel, onderdak en medische hulp beschikbaar dient te zijn of toegelaten moet worden dat (burger)slachtoffers niet volledig verkommeren of het leven laten.

Een vierde en laatste terrein waarop rechten kunnen worden onderscheiden die hun niet-opschortbare status ontleen aan het feit dat zij beschermd worden door regels van internationaal humanitair recht of normen van *ius cogens* is het terrein van de ‘collectieve’ rechten.

Zo kan bijvoorbeeld worden gediscussieerd over de vraag of het recht op zelfbeschikking, dat in artikel 1 van het IVBPR en het IVESCR wordt gegarandeerd, een opschortbaar recht is of niet. De Speciaal VN-Rapporteur inzake minderheden Gros Espiell heeft in een uitvoerige studie naar de status van het recht op zelfbeschikking beargumenteerd dat dit als een norm van *ius cogens* en derhalve als een niet-opschortbaar recht dient te worden aangemerkt.³²⁹ Dit lijkt een min of meer onvermijdelijke conclusie wil dit recht niet al te makkelijk slachtoffer worden van een beroep op de opschortingsbepaling (voorzover het gaat om het IVBPR). Als het zelfbeschikkingsrecht van volkeren een opschortbaar recht zou zijn, dan zouden de situaties waarin dit recht uitgeoefend wordt, die veelal het karakter hebben van afscheiding van een bepaald gebied (menigmaal een kolonie) van een grotere staat, door die betreffende staat al snel aangemerkt kunnen worden als situaties die een ernstige bedreiging vormen voor de territoriale integriteit en de nationale veiligheid en op die manier ook als een ‘public emergency’ in de zin van artikel 4 IVBPR.

Door vele auteurs wordt aan het zelfbeschikkingsrecht voor volkeren een ‘democratische dimensie’ toegevoegd. Veel auteurs zien het zelfbeschikkingsrecht als een voortdurend recht dat zowel een recht op nationale onafhankelijk-

329 *The Right to Self-Determination: Implementation of United Nations Resolutions*, Study prepared by Héctor Gros Espiell, UN Publication Sales No. E.79.XIV.5, § 70.

heid als een recht op zelfbestuur omvat.³³⁰ Speciaal VN-rapporteur Despouy leidt hieruit het volgende af:

‘Viewed from this perspective, the status of self-determination as a peremptory rule of international law complements and reinforces the principle that all limitations on the enjoyment and exercise of human rights must be compatible with the needs of democracy. Without necessarily implying that the political rights of the individual are non-derogable, it is necessary to conclude that emergency measures which affect the basic institutions of democratic government are incompatible with customary international human rights standards binding on all nations, even during a state of emergency.’³³¹

In de sfeer van de collectieve rechten wordt ook betoogd dat bepaalde elementen van de rechten van etnische, religieuze of taalkundige minderheden, zoals gegarandeerd door artikel 27 IVBPR, als niet-opschortbaar zijn aan te merken. Tot die niet-opschortbare elementen behoort in ieder geval het recht op voortbestaan van de betreffende minderheid aangezien dit beschermd wordt door het verbod van genocide, dat algemeen als een norm van *ius cogens* wordt beschouwd, en door het verbod van willekeurige levensbeneming opgenomen in het *notstandsfeste* artikel 6 IVBPR.³³² De bescherming van de rechten van minderheden gaat echter verder dan alleen de waarborging van het fysieke voortbestaan van een minderheid. In zijn gezaghebbende boek over rechten van minderheden in het internationale recht betoogt Thornberry:

“‘Existence’ is a notion which has a special sense for a collectivity. An individual ‘exists’ or he does not; his non-existence is individual death. A collectivity such as a minority group exists in the individual lives of its members; the physical death of some members does not destroy the ‘existence’ of the group, though it may impair its health. There is, however, another existence for a minority through the shared consciousness of its members, manifested perhaps through language, culture or religion, a shared sense of history, a common destiny. Without this ‘existence’ it is possible to say that individuals live but the group does not.”³³³

Ten aanzien van Thornberry’s notie van ‘shared consciousness’ betoogt Packer dat juist deze de essentie vormt van het collectieve recht van minderheden

330 *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, Study prepared by Aureliu Cristescu, UN Publication Sales No. E.80.XIV.3, § 323.

331 Despouy Report 1995, Annex 1, § 42.

332 Packer 1996, p. 512. Uit art. 6 jo 4 lid 1 IVBPR vloeit voort dat bij levensbeneming geen discriminatie mag plaatsvinden o.g.v. ras, huidskleur, sexe, taal, godsdienst of sociale afkomst.

333 Thornberry 1991, p. 57.

(te onderscheiden van het fysieke voortbestaan van de leden van de minderheid). Hij meent dat deze 'shared consciousness' tot op zekere hoogte beschermd wordt door het niet-opschortbare artikel 18 IVBPR (over de godsdienst- en gewetensvrijheid):

'While the outward manifestations of this consciousness, e.g. expressions through language, may not necessarily be protected as non-derogable rights under the ICCPR (...), the essential matter of thought or conscience is protected pursuant to article 18 of the ICCPR as a non-derogable right listed in article 4(2). (...) Certainly, with regard to membership of an ethnic, religious or linguistic minority, such thought or consciousness attains the level of belief and conviction, including world-view, which is covered by article 18. At least to this extent, then, the non-derogable right of minorities to exist pertains to the physical lives of their members and to their consciences.'³³⁴

In aanvulling hierop meent hij dat uit de combinatie van artikel 20 en artikel 4, eerste lid, IVBPR een ander niet-opschortbaar element van de rechten van minderheden valt af te leiden. Artikel 20 IVBPR verbiedt in het eerste lid oorlogspropaganda en in het tweede lid '[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence'. Dit haatzaai-verbod is voor minderheden van groot belang en hoewel artikel 20 niet als *notstands*fest wordt aangemerkt in het tweede lid van artikel 4 IVBPR, acht Packer het zeer moeilijk voorstelbaar dat een opschorting van de verplichtingen onder artikel 20, tweede lid, verenigbaar zou zijn met het voorwerp en doel van het IVBPR en met de in het eerste lid van artikel 4 IVBPR opgenomen eis dat grondrechtenopschortende noodmaatregelen niet in strijd mogen komen met andere internationale verplichtingen (waaronder het verbod van het gebruik van geweld). Bovendien meent hij dat noodmaatregelen die zouden neerkomen op gedwongen assimilatie of het aanzetten tot haat jegens een bepaalde minderheid nimmer zouden kunnen voldoen aan de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis zoals opgenomen in artikel 4, eerste lid, IVBPR. Grondrechtenbeperkende noodmaatregelen zijn op grond van dit artikel-lid immers slechts toegestaan 'to the extent strictly required by the exigencies of the situation'. Voorzover noodmaatregelen die afwijken van de verplichtingen onder artikel 20 IVBPR überhaupt al dienstbaar zouden kunnen zijn aan het bestrijden van de noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt, zouden zij nooit kunnen voldoen aan de proportionaliteitseis.

Aan de hand van deze proportionaliteitseis betoogt Tomuschat dat ook noodmaatregelen die een opschorting opleveren van het recht van minderheden om gebruik te maken van hun eigen taal niet licht als een proportionele maatregel ter bestrijding van een ernstige bedreiging van de staatsveiligheid gezien kunnen worden:

334 Packer 1996, p. 513.

‘One fails to see (...) that the use of a minority language solely could ever amount to such a “threat”. Frequently, linguistic minorities are seen as undermining national unity. But if indeed loyalty is not maintained towards the State and if the existence of the national community is being questioned, such activities have nothing to do with the language employed by dissidents. It is obvious that language may in such circumstances become a symbol. Nonetheless, to prohibit the use of a minority tongue would even in these circumstances exceed the limits of what the CCPR allows in the light of its basic principle of proportionality.’³³⁵

Zoals in de volgende paragraaf nog nader aan de orde zal komen, kunnen aan de hand van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis opgenomen in artikel 4, eerste lid, IVBPR inderdaad op sommige terreinen rechten of elementen van rechten worden onderscheiden waarvan niet valt voor te stellen dat de opschorting ervan – onder welke omstandigheden dan ook – als noodzakelijk en proportioneel kan worden aangemerkt. Het VN-Mensenrechtencomité heeft inmiddels in zijn *General Comment No. 29* vastgelegd dat afwijking van artikel 20 IVBPR in het kader van een beroep op de opschortingsbepaling niet geoorloofd is.³³⁶

8.3 BELANGRIJKSTE ONTWIKKELINGEN RONDOM DE NOTSTANDSFESTE RECHTEN: ENKELE CONCLUSIES

Het belang van de *notstandsfeste* rechten is evident. Speciaal VN-rapporteur inzake mensenrechten en noodtoestanden Despouy verwoordde dit ooit als volgt: ‘[T]he ultimate justification for suspending certain rights in specific circumstances is precisely the need to preserve the most fundamental rights’. Het feit dat een bepaald recht niet-opschortbaar is, betekent echter niet per definitie dat de uitoefening van die rechten aan geen enkele beperking onderhevig is. De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, die in artikel 4, tweede lid, IVBPR als niet-opschortbaar wordt aangemerkt, is daar een voorbeeld van. Bij dit recht is een clausule opgenomen die beperkingen op de uitoefening van dit recht mogelijk maakt met het oog op belangen als de bescherming van ‘public safety’ en ‘public order’ (overigens niet de ‘national security’). Het *notstandsfeste* karakter van het recht maakt dan wel dat het recht niet verder en niet op andere gronden ingeperkt kan worden dan is toegestaan op basis van de beperkingsclausule.

³³⁵ Tomuschat 1983, p. 977.

³³⁶ VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, VN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 13 sub (e): ‘No declaration of a state of emergency made pursuant to article 4, paragraph 1, may be invoked as justification for a State party to engage itself, contrary to article 20, in propaganda for war, or in advocacy of national, racial or religious hatred that would constitute incitement to discrimination, hostility or violence’.

In de bovenstaande paragrafen zijn de ontwikkelingen besproken rondom een deel van de *notstandsfeste* rechten die opgesomd staan in het tweede lid van de opschortingsbepalingen. Ik heb mij daarbij geconcentreerd op enkele rechten die in het bijzonder relevant zijn voor of raken aan het staatsoptreden ter bescherming van de staatsveiligheid: het recht op leven en het verbod op tenuitvoerlegging van de doodstraf en het verbod van foltering. Ten aanzien van deze rechten is duidelijk geworden dat de reikwijdte ervan zeer ruim is. Uit de jurisprudentie over het recht op leven kan het volgende worden afgeleid:

- a) Het recht op leven omvat – naast een onthoudingsverplichting ten aanzien van excessief dodelijk geweld (toepassing van dodelijk geweld is alleen toegestaan als uiterste middel in gevallen waarin hiertoe een absolute noodzaak bestaat)³³⁷ of willekeurige of buitengerechtelijke executies³³⁸ – ook diverse positieve verplichtingen voor de verdragsstaten, onder meer de verplichting om dood als gevolg van criminele activiteiten te voorkomen en te bestraffen, om de verdwijning van individuen te voorkomen, om grootschalig geweld dat gepaard gaat met willeurige levensbeneming te voorkomen,³³⁹ om voldoende voedsel en medische hulp te bieden aan gedetineerden³⁴⁰ en hen ook anderszins niet in een levensgevaarlijke situatie te brengen,³⁴¹ om redelijke preventieve maatregelen te treffen ter bescherming van het leven van burgers van wie duidelijk is dat zij door derden bedreigd worden³⁴² en om de ontwikkeling en het gebruik van kernwapens te bestrijden.³⁴³
- b) Aanvankelijk werd het recht op leven zoals gegarandeerd door artikel 2 EVRM en artikel 6 IVBPR geacht geen bescherming te bieden tegen oplegging van of blootstelling aan de doodstraf. In enkele recente zaken (*Öcalan/Turkey, Judge/Canada*) hebben echter zowel het EHRM als het Mensenrechtencomité zich op het standpunt gesteld dat – in het licht van de rechtsontwikkeling van de laatste twee decennia – het doodstrafverbod ook in deze artikelen ingelezen kan worden. Dit ‘jurisprudentiële’ doodstrafverbod staat dan naast de expliciete doodstrafverboden in het Zesde en Dertiende

337 VN-Mensenrechtencomité 31 maart 1982, comm.no. 45/1979 (Suarez de Guerrero/Colombia), VN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979; EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK); EHRM 26 februari 2004, appl.no. 43577/98 en 43579/98 (Nachova and Others/Bulgary).

338 VN-Mensenrechtencomité 4 april 1985, comm.no. 146/1983 en 148-154/1983 (Baboeram et al/Suriname), VN Doc. CCPR/C/40/D/146/1985.

339 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 6*.

340 VN-Mensenrechtencomité 26 maart 2002, comm.no. 763/1997 (Lantsov/Russia), VN Doc. CCPR/C/57/D/763/1997; EHRM 13 juni 2002, *RJ&D* 2002-IV (Anguelova/Bulgaria).

341 EHRM 21 november 2000, *RJ&D* 2000-XII (Demiray/Turkey).

342 EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D* 1998-VIII (Osman/UK).

343 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 14*.

- Protocol bij het EVRM en het Tweede facultatieve Protocol bij het IVBPR (althans voor de staten die partij zijn bij deze Protocollen).
- c) De bescherming van het recht op leven brengt met zich dat staten bij ordehandhavende handelingen en operaties tegen terroristische organisaties de betrokken functionarissen voorzien van een zeer goede training en duidelijke 'rules of engagement', zodat de afweging welke vorm van geweld 'absoluut noodzakelijk' is niet meer volledig ter plekke in een onoverzichtelijke situatie gemaakt hoeft te worden door de betrokkenen. De operaties dienen zorgvuldig voorbereid en gepland te worden om onnodige dodelijke slachtoffers te voorkomen en om te voorkomen dat derden (burgers) in het treffen worden betrokken.³⁴⁴
 - d) Uit de bescherming van het recht op leven kan ook voortvloeien dat staten aansprakelijk worden gehouden voor de dood of verdwijning van personen indien niet met volledige zekerheid kan worden vastgesteld dat deze door de overheid is veroorzaakt. Hierbij speelt doorgaans een rol of de betrokken staat al dan niet een andere plausibele verklaring kan geven voor iemands dood of verdwijning.³⁴⁵
 - e) Uit de bescherming van het recht op leven vloeit ook een verplichting voor de nationale autoriteiten voort om een zorgvuldig onderzoek te verrichten naar gevallen waarin sprake zou kunnen zijn van een schending van het recht op leven. Met name in de EHRM-jurisprudentie zijn zeer stringente eisen geformuleerd waaraan een dergelijk onderzoek moet voldoen³⁴⁶ en is ook aangegeven dat deze eisen gelden ongeacht de crisissomstandigheden in een bepaald gebied.³⁴⁷

In het algemeen geldt zowel ten aanzien van het recht op leven als ten aanzien van het folterverbod dat de toezichthoudende organen deze beide rechten niet op een minder ruimhartige wijze interpreteren in crisissituaties waarin andere rechten mogelijk anderszins zijn opgeschort. Dit blijkt ook uit laatste van de hierboven genoemde punten. Ik heb hierbij echter de kanttekening geplaatst dat de stringente onderzoekseisen die het EHRM uit het recht op leven destilleert naar mijn mening niet volledig toepasbaar zijn in situaties waarin sprake is van een grootschalig gewapend conflict (zie § 8.1.3.7 *supra*).

De jurisprudentie over het folterverbod maakt al evenzeer duidelijk dat dit recht een zeer brede strekking heeft. *In de eerste plaats* komt dit doordat artikel 7 IVBPR en artikel 3 EVRM niet alleen foltering verbieden, maar ook

344 EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann and Others/UK); EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Güleç/Turkey); EHRM 28 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey); EHRM 26 februari 2004, appl.no. 43577/98 en 43579/98 (Nachova and Others/Bulgary).

345 EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Çakici/Turkey); EHRM 13 juni 2000, *RJ&D* 2000-VI (Timurtas/Turkey); EHRM 18 juni 2002, appl.no. 25656/94 (Orhan/Turkey).

346 EHRM 4 mei 2001, *RJ&D* 2001-III (McKerr/UK).

347 EHRM 19 februari 1998, *RJ&D* 1998-I (Kaya/Turkey); EHRM 27 juli 1998, *RJ&D* 1998-IV (Ergi/Turkey).

onmenselijke en vernederende behandeling. Om als zodanig te worden aangemerkt moet een behandeling wel een bepaald minimum-niveau van lijden hebben veroorzaakt. Dit lijden kan dan overigens zowel fysiek als mentaal van aard zijn.

In de tweede plaats is het ook bij het folterverbod zo dat sprake is van positieve verplichtingen voor de verdragsstaten. Zo dient de staat zorg te dragen voor (wettelijke) maatregelen ter voorkoming van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling, zowel door overheidsfunctionarissen als derden, moet het gebruik van door foltering of andere onmenselijke behandeling verkregen verklaringen in juridische procedures bij wet worden verboden en moet het nationale recht adequate mogelijkheden tot onderzoek en rechtsherstel bieden in geval van schending van het folterverbod (een verplichting die mede voortvloeit uit het recht op een effectief rechtsmiddel; artikel 2, derde lid, IVBPR, artikel 13 EVRM).

In de derde plaats heeft het folterverbod belangrijke consequenties voor het recht van gedetineerden op respect voor hun menselijke waardigheid. Dit heeft onder meer gevolgen voor de kwaliteit van de omstandigheden waaronder zij gedetineerd zitten (bijvoorbeeld geen zeer langdurige *incommunicado* detentie of opsluiting in volledige isolatie) en de wijze waarop zij behandeld worden bij ondervraging. Vanwege de nauwe samenhang tussen het folterverbod en dit recht, dat in artikel 10 IVBPR als apart recht gegarandeerd wordt, merkt het Mensenrechtencomité ook de verdragsverplichtingen onder dit artikel aan als niet-opschortbaar. De statelijke verplichtingen op grond van het folterverbod en het recht van gedetineerden op respect voor hun menselijke waardigheid gelden in dit verband ook ongeacht het eigen gedrag van de betrokkenen; ook terroristen en anderen die wandaden op hun geweten hebben (of daarvan verdacht worden) mogen niet behandeld worden op een wijze die strijdig is met deze rechten.

In de vierde plaats heeft het folterverbod een belangrijke eerlijk-procesdimensie (deze komt met name naar voren in de EHRM-jurisprudentie): indien een strafrechtelijke procedure eindigt in het opleggen van een doodvonnis, dan dient deze procedure te voldoen aan de strengste eisen van een eerlijk proces. Is dit niet het geval dan levert dit niet alleen een schending op van artikel 6 EVRM, maar ook van artikel 3 (en trouwens ook artikel 2) EVRM.

In de vijfde plaats omvat het folterverbod ook het verbod van *refoulement*. Personen mogen niet worden uitgeleverd of uitgezet indien zij in het ontvangende land (of in een land waarnaar zij door dit ontvangende land weer zouden worden gezonden) een reëel risico lopen op een behandeling die strijdig is met het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling. Daarbij maakt het in beginsel niet uit of het bedoelde reële risico veroorzaakt wordt door de overheid van het ontvangende land of door niet-overheidsfunctionarissen. Bovendien moet de rechterlijke toetsing op dit punt bij uitleverings- of uitzettingsbeslissingen een indringende zijn en is er geen ruimte om dit element van het folterverbod af te wegen tegen het belang van

de nationale veiligheid dat mogelijkerwijs door de betrokkene in gevaar zou kunnen worden gebracht.

In 1996 noemde Speciaal VN-Rapporteur inzake noodtoestanden en mensenrechten Despouy het feit dat in de jaren '80 en '90 enkele specifieke verdragen tot stand waren gekomen ter versterking van de notstandsfeste rechten – het VN-verdrag en het Europese verdrag tegen foltering, het Zesde Protocol bij het EVRM en het Tweede facultatieve Protocol bij het IVBPR – als een eerste belangrijke ontwikkeling met betrekking tot de notstandsfeste rechten. Als tweede belangrijke ontwikkeling noemde hij het feit dat de jurisprudentie van diverse internationale toezichthoudende organen (vooral het VN-Mensenrechtencomité en het IAHRM) aanwijzingen bevatte dat zij 'have expanded the non-derogable core rights, by establishing the inalienable nature of other rights and guarantees that are not explicitly recognized as such by the articles of the conventions'.³⁴⁸ In de voorgaande paragrafen is duidelijk geworden dat die ontwikkeling van versterking en uitbreiding van de hoeveelheid *notstandsfeste* rechten zich in de tweede helft van de jaren '90 en de eerste jaren van het nieuwe millennium heeft doorgezet. In dit verband zijn in het bijzonder de totstandkoming van het Dertiende Protocol bij het EVRM, over het doodstrafverbod in oorlogstijd, en *General Comment No. 29* van het VN-Mensenrechtencomité van belang.

In *General Comment No. 29* uit 2001 heeft het Mensenrechtencomité belangrijke stappen gezet tot een 'jurisprudentiële' uitbreiding van het aantal *notstandsfeste* rechten. Aan het als *notstandsfest* aanmerken van diverse niet in artikel 4, tweede lid, IVBPR als zodanig aangemerkte rechten legt het Comité globaal drie redeneringen ten grondslag: (a) de niet-opschortbaarheid wordt afgeleid uit het essentiële belang voor of de nauwe samenhang met expliciet in het tweede lid van artikel 4 als *notstandsfest* aangemerkte rechten; (b) de niet-opschortbaarheid wordt afgeleid uit de constitutieve systematiek of de interne structuur van het IVBPR; (c) de niet-opschortbaarheid wordt afgeleid uit normen van *ius cogens* of humanitair recht. Bij deze laatste redenering hanteert het Mensenrechtencomité het relatief simpele principe dat bepaalde beginselen waarvan op grond van regels van humanitair recht zelfs tijdens oorlogen of andere gewapende conflicten niet afgeweken mag worden, aangenomen moet worden dat er ook tijdens minder ernstige crises (waarin de regels van het humanitaire recht niet van toepassing zijn) niet van mag worden afgeweken. Het Comité geeft er in het *General Comment* blijk van zich te hebben laten inspireren door de gedachtevorming op dit punt binnen het IAHRM en bij diverse NGO's en conferenties van deskundigen (zie nader § 8.6.2.2 *infra*). De belangrijkste rechten die op deze wijze een 'jurisprudentiële' notstandsfeste status verwerven zijn het recht op een effectief rechtsmiddel bij vermeende schending van mensenrechten en als species daarvan het recht van habeas

348 Despouy 1996, p. 560.

corpus en daarnaast het recht op een eerlijk proces in vrijwel al zijn elementen (slechts aan een paar onderdelen van dit recht kan in een bepaalde mate afbreuk worden gedaan, te weten de openbaarheid van de berechting, de termijn waarbinnen de berechting plaatsvindt en de 'equality of arms' bij opvoering en ondervraging van getuigen). Met behulp van de redenering genoemd onder (c) en gezien de huidige stand van het internationale (humanitaire) recht inzake humanitaire hulpverlening zou mijns inziens ook en de harde kern van een aantal sociale rechten (het recht op voedsel, huisvesting en gezondheidszorg) als notstandsfest kunnen worden aangemerkt..

Het EHRM is tot dusverre in zijn jurisprudentie nog niet nadrukkelijk willen overgaan tot erkenning van afgeleid *notstandsfeste* rechten. Dit zal te maken hebben met de terughoudendheid die het Hof sowieso betracht met betrekking tot toetsing van het overheidsoptreden indien de betreffende staat een beroep heeft gedaan op de opschortingsbepaling. Op zich zou echter ook het EHRM zich kunnen openstellen voor voortschrijdende inzichten op dit terrein, dit zou passen bij de interpretatie van het EVRM als 'living instrument' die op allerhande terreinen – ook op hele gevoelige die te maken hebben met de staatsveiligheid, zie de overwegingen over het recht op leven en het doodstrafverbod in het *Öcalan*-arrest – door het Hof wordt toegepast.

8.4 NOODZAAK EN PROPORTIONALITEIT VAN DE MAATREGELEN

8.4.1 Introductie

Alle van toepassing zijnde verdragen stellen het vereiste dat de grondrechten-opschortende noodmaatregelen niet verder mogen gaan dan 'the extent strictly required by the exigencies of the situation'. Het AVRM voegt daar nog aan toe: 'for the period of time strictly required'. De omstandigheden kunnen zo zijn dat het uitroepen van een uitzonderingstoestand en het opschorten van bepaalde mensenrechten gerechtvaardigd is, maar er mag niet meer inbreuk op deze rechten worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is in verhouding tot het nagestreefde doel.

Toetssteen hierbij is of de veiligstelling van de normen en waarden die in de verschillende mensenrechtenverdragen zijn neergelegd de uitgevaardigde wetgeving, getroffen maatregelen of opgelegde straffen werkelijk vereist. Welke van de verdragsverplichtingen afwijkende maatregelen wel toelaatbaar zijn en welke niet is afhankelijk van de ernst van de noodsituatie en – uiteraard van de inhoud van de in een bepaald geval getroffen maatregelen. Buiten de situaties waarin sprake is van aantasting van de *notstandsfeste* rechten kan hier dus eigenlijk alleen van geval tot geval iets over gezegd worden. Desalniettemin zijn wel enkele meer algemene opmerkingen te maken naar aanleiding van typen van maatregelen waarnaar frequent gegrepen wordt tijdens noodtoestanden. Dat zal in de onderstaande paragrafen gebeuren.

Het IAHRM heeft in zijn *Advisory Opinion 'Habeas Corpus in Emergency Situations'* het karakter en de consequenties van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets goed samengevat. Het IAHRM verklaarde dat 'what might be permissible in one type of emergency would not be lawful in another' en gaf aan dat getroffen noodmaatregelen zowel proportioneel als redelijkerwijs noodzakelijk dienen te zijn, hetgeen kan afhangen van 'the character, intensity, pervasiveness, and particular context of the emergency'.³⁴⁹ In deze *Advisory Opinion* benadrukte het IAHRM ook de uit de proportionaliteitstoets onder de opschortingsbepalingen (zowel artikel 27 AVRМ als artikel 4 IVBPR en artikel 15 EVRM) voortvloeiende tijdelijkheid van noodmaatregelen die een opschorting van bepaalde mensenrechten inhouden.³⁵⁰

De totstandkomingsgeschiedenis van de opschortingsbepalingen schept nauwelijks nadere duidelijkheid over de interpretatie van het 'strictly required'-vereiste.³⁵¹ Het criterium was reeds vanaf het eerste tekstvoorstel voor de opschortingsbepaling in het IVBPR daarin opgenomen (en aangezien dit voorstel model stond voor de opschortingsbepaling in het EVRM, kwam het 'strictly required'-vereiste dus ook daar vanaf de aanvang in voor).³⁵² Uit dit feit kan wel worden afgeleid dat 'the possibility of derogating from the relevant legal obligations in crisis situations was never intended to provide governments with full liberty of action'.³⁵³

In de jurisprudentie over het criterium 'strictly required by the exigencies of the situation' zijn vier elementen te onderscheiden. Er vindt een toets plaats met betrekking tot: (1) de noodzaak van de grondrechtenopschorting; (2) de proportionaliteit van de grondrechtenopschortende maatregelen ten opzichte van de bedreiging van de staat (sveiligheid); (3) de duur van de grondrechtenopschorting en (4) het territorium waarvoor de opschorting geldt. Deze vier elementen vormen de leidraad voor de onderstaande paragrafen. Als apart onderdeel van de proportionaliteitstoets wordt vervolgens de aanwezigheid van toezicht op nationaal niveau door wetgever en/of rechter nader beschouwd.

8.4.2 Noodzaak van de opschorting: verhouding tot bedreigingscriterium en consequenties daarvan voor de toetsingsintensiteit

Het eerste element van de toetsing aan het criterium 'strictly required by the exigencies of the situation' omvat een toets met betrekking tot de noodzaak

349 IAHRM 30 januari 1987, *Advisory Opinion No. OC-8/87 (Habeas Corpus in Emergency Situations – Arts. 27(2) and 7(6) ACHR)*, *Series A No. 8*, § 39.

350 *Idem*, § 37.

351 Oraá 1992, p. 143.

352 Zij het dat het criterium in de IVBPR-tekst eerst luidde: 'strictly limited to the exigencies of the situation'.

353 Svensson-McCarthy 1998, p. 569.

om grondrechtenopschortende maatregelen te treffen: de maatregelen moeten ten doel hebben en noodzakelijk zijn om de noodsituatie te beëindigen, of althans het voortbestaan van de natie te waarborgen. Dit vereiste ligt in lijn met het algemene beginsel zoals dat geldt bij de beperking van mensenrechten en neergelegd is in artikel 29 UVRM en de bijzondere beperkingsclausules bij de rechten in het IVBPR en het EVRM: beperkingen op de uitoefening van grondrechten moeten noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.³⁵⁴ Ook vloeit een dergelijk vereiste op zich reeds voort uit de misbruikverboden van artikel 5 lid 1 IVBPR en artikel 17 EVRM. Betoogd kan echter worden dat de 'strictly required'-eis aan de algemene beginselen voortvloeiend uit deze bepalingen nog een 'positieve' verplichting toevoegt, namelijk de verplichting om slechts de strikt noodzakelijke maatregelen in te voeren: 'only those rights and freedoms may be restricted which are absolutely impossible to guarantee in view of the emergency situation'.³⁵⁵ Het VN-Mensenrechtencomité leest in de 'strictly required'-criterium onder meer een nadrukkelijke motiveringsplicht:

'This condition requires that States parties provide *careful justification* [curs. JPL] not only for their decision to proclaim a state of emergency but also for any specific measures based on such a proclamation. 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.'³⁵⁶

Ook het EHRM eist in het kader van dit criterium een zorgvuldige motivering van de grondrechtenopschorting.³⁵⁷

Zoals er in de toetsing aan de bijzondere beperkingsclausules een nauwe samenhang is waar te nemen tussen de toetsing van de noodzaak van de beperking en van de proportionaliteit daarvan in relatie tot het met de beperking gediende doel, is er ook bij de toetsing aan het 'strictly required'-criterium uit de opschortingsbepalingen sprake van een nauwe samenhang met het bedreigingscriterium. Immers, het nemen van welke grondrechtenopschortende noodmaatregel dan ook is slechts gerechtvaardigd indien er is voldaan aan

354 Vgl. VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 4: '[T]he obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers.' Oraá 1992 duidt het proportionaliteitscriterium uit de opschortingsbepalingen – terecht – aan als een specificatie van het 'principle of proportionality' als 'general principle of international law'. Zie over de formule 'necessary in a democratic society' in de bijzondere beperkingsclausules § 4.7.3 *supra*.

355 Van Hoof 1987, p. 237.

356 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 4.

357 EHRM 26 november 1996, *RJ&D 1996-VI (Aksoy/Turkey)*, § 78.

het bedreigingscriterium; er moet sprake zijn van een 'public emergency' in de zin van de opschortingsbepalingen. In die zin vormt de toets aan het bedreigingscriterium als het ware een eerste stap in een proportionaliteitsbeoordeling.

Deze nauwe samenhang maakt dat in de jurisprudentie van de verdragsorganen de redenen om aan te nemen dat voldaan is aan het bedreigingscriterium en aan het 'strictly required'-vereiste soms enigszins in elkaar overlopen. Zo wordt in het EHRM-arrest *Lawless/Ireland*, zie § 7.1.4.1 *supra*, in het kader van het bedreigingscriterium vooral stilgestaan bij geweldsincidenten en terroristische activiteiten die op Iers grondgebied hebben plaatsgevonden en in het kader van het 'strictly required'-vereiste bij de moeilijkheden die het Ierse rechterlijke apparaat ondervond om via de normale rechterlijke procedures de vrede en veiligheid in het land te garanderen. Het bleek namelijk onmogelijk om te komen tot 'gewone' strafrechtelijke veroordelingen vanwege gebrek aan bewijs omdat de IRA door middel van geweld en intimidatie getuigen verhinderde verklaringen af te leggen en ook juryleden onder druk zette.³⁵⁸ Deze laatste overwegingen passen enerzijds inderdaad bij het 'strictly-required'-vereiste – zij geven immers aan dat niet met minder ingrijpende maatregelen kon worden volstaan – maar zij sluiten ook aan bij het bedreigingscriterium. Het niet normaal kunnen functioneren van de rechterlijke procedures en het justitieel apparaat vormt immers ook een reden om aan te nemen dat het openbare leven van de gemeenschap bedreigd wordt en dat is volgens het EHRM in het *Lawless*-arrest een van de drie onderdelen van het bedreigingscriterium (zie § 7.1.4.1 *supra*).

De hierboven aangeduide samenhang maakt ook dat – althans voor de Straatsburgse organen – bij de toetsing aan het 'strictly required'-vereiste dezelfde overwegingen gelden met betrekking tot de te hanteren toetsingsintensiteit als bij het bedreigingscriterium. Ook hier is de afbakening tussen enerzijds de beleidsruimte voor de nationale autoriteiten en anderzijds het toezicht daarop door de betreffende internationale instanties aan de orde en doet derhalve de doctrine van de *margin of appreciation* opgeld. Reeds in de zaak *Greece/UK* uit 1958 (over de uitoefening van noodbevoegdheden door het Britse bewind op Cyprus) gaf de ECieRM in haar rapport aan dat zij weliswaar bevoegd was om naar de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de grondrechtenopshortende noodmaatregelen een onderzoek in te stellen, maar dat anderzijds 'the Government should be able to exercise a certain measure of discretion (marge d'appréciation) in assessing the extent strictly required by the exigencies of the situation'.³⁵⁹ Dit standpunt werd vaste jurisprudentie van de Commissie.³⁶⁰ In het arrest *Ireland/UK* stelde het EHRM zich op hetzelfde

358 EHRM 1 juli 1961, *Series A* Vol. 3 (*Lawless/Ireland*), r.o. 36.

359 ECieRM 2 oktober 1958, appl.no. 176/56 (*Greece/UK*), *Yearbook ECHR* 1958-1959, p. 174-178.

360 Zie bijvoorbeeld het ECieRM-rapport in de *Lawless*-zaak, *Series B*, 1960/61, p. 82; en dat in de *Greek Case*: *Yearbook ECHR* 1969, p. 72.

de standpunt, met de in § 7.1.4.3 *supra* reeds aangehaalde frase die zowel betrekking heeft op de toetsing aan het bedreigingscriterium als de toetsing aan het 'strictly required'-vereiste: '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* [curs. JPL].³⁶¹ Dit standpunt werd ingegeven door de overweging dat de nationale autoriteiten, vanwege hun 'direct and continuous contact with the pressing needs of the moment' in beginsel in een betere positie verkeren om een oordeel te vellen over de aanwezigheid van een noodsituatie en de aard en reikwijdte van de noodmaatregelen die noodzakelijk zijn om deze te bestrijden. Ten aanzien van beide punten komt de verdragsstaten derhalve een 'wide margin of appreciation' toe.³⁶²

Het Hof voegde hier echter wel aan toe dat de verdragsstaten 'do not enjoy an unlimited power in this respect'. Het Hof is wel degelijk bevoegd te toetsen of de staten hun verplichtingen ook op dit terrein nakomen en kan dus oordelen over de vraag of staten 'have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis'. De nationale *margin of appreciation* gaat vergezeld van een 'European supervision'. Dit Europese toezicht gaat echter niet zover dat ook de *doelmatigheid* van de grondrechtenopschortende noodmaatregelen wordt getoetst. De Ierse regering stelde in de zaak *Ireland/United Kingdom* dat de Britse noodmaatregelen in de vorm van internering (vrijheidsbeneming zonder enige vorm van rechterlijke controle) het terrorisme in Noord-Ierland geenszins hadden kunnen stoppen en zelfs eerder hadden doen verergeren. Bovendien was, nadat de Britse autoriteiten waren gestopt met de praktijk van internering, niemand meer gedetineerd op basis van de resterende noodwetgeving voor Noord-Ierland, hoewel er nog steeds sprake was van 'an intense campaign of violence'. De Ierse regering zag dit als een bewijs dat de praktijk van internering niet absoluut noodzakelijk was geweest en dus niet voldeed aan het 'strictly required'-vereiste. Het EHRM ging hierin echter niet mee:

'The Court cannot accept this argument. It is certainly not the Court's function to substitute for the British Government's assessment any other assessment of what might be the most prudent or most expedient policy to combat terrorism. The Court must do no more than review the lawfulness, under the Convention, of the measures adopted by that Government (...). For this purpose the Court must arrive at its decision in the light, not of a purely retrospective examination of the efficacy of those measures, but of the conditions and circumstances reigning when they were originally taken and subsequently applied.

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

362 *Ibidem*.

Adopting, as it must, this approach, the Court accepts that the limits of the margin of appreciation left to the Contracting States by Article 15 para. 1 were not overstepped by the United Kingdom when it formed the opinion that extrajudicial deprivation of liberty was necessary.³⁶³

Voor wat betreft de Straatsburgse organen moet de conclusie derhalve zijn dat ook bij de toetsing van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de door een verdragsstaat getroffen grondrechtenopschortende noodmaatregelen de ruime *margin of appreciation* bepalend is voor de wijze waarop getoetst wordt.³⁶⁴

Uit het oordeel van het VN-Mensenrechtencomité in de zaak *Landinelli Silva and others/Uruguay* uit 1981 kan worden afgeleid dat het Comité zich zeker bevoegd acht om een uitspraak te doen over de noodzakelijkheid en proportionaliteit van een bepaalde grondrechtenopschorting.³⁶⁵ Zoals in § 4.7.3 en § 7.1.5 *supra* reeds aan de orde kwam hanteert het VN-Mensenrechtencomité noch bij de toetsing aan de bijzondere beperkingsclausules, noch bij de toetsing aan de opschortingsbepalingen het idee van een *margin of appreciation*. In *General Comment No. 29* heeft het Mensenrechtencomité dit specifiek ten aanzien van de toets aan het 'strictly required'-vereiste nog eens expliciet vermeld:

'The legal obligation to narrow down all derogations to those strictly required by the exigencies of the situation establishes both for States parties and for the Commit-

363 *Idem*, § 214.

364 Verwijzingen naar de margin of appreciation in het kader van de toetsing aan het 'strictly required'-vereiste komen ook voor in EHRM 22 april 1993, *Series A* Vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK), § 66; EHRM 26 november 1996, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 77 en 81. In de zaak *Lawless* hanteerde de ECieRM nog een veel indringender toets, in die zin dat tamelijk minutieus beziend werd of en op welke wijze Ierland andere maatregelen had kunnen treffen om de crisissituatie te bezweren zonder over te gaan tot de opschorting van enkele grondrechten. Uiteindelijk kwam de Commissie slechts met een krappe marge van 8 tegen 6 stemmen tot het oordeel dat de Ierse detentiemaatregelen 'strictly required' waren (ECieRM 19 december 1959 (rapport), appl.no 332/57 (Lawless/Ireland), *Series B* 1960/61, p. 9-159). Het EHRM kwam in *Lawless* unaniem tot het oordeel dat de detentiemaatregelen in Ierland voldeden aan het 'strictly required'-vereiste en hoewel daar binnen het Hof dus niet veel discussie over was, keek ook het Hof wel degelijk naar de alternatieven die voor de Ierse regering open stonden om de IRA-activiteiten te bestrijden. Het Hof hanteerde daar dus op het eerste oog een meer objectieve toets, zonder enige verwijzing naar een beoordelingsmarge voor de nationale autoriteiten (EHRM 1 juli 1961, *Series A* Vol. 3 (Lawless/Ireland), r.o. 36).

365 VN-Mensenrechtencomité 8 april 1981, comm.no. 34/1978 (Landinelli Silva et al./Uruguay), UN Doc. CCPR/C/12/D/34/1978, § 8.3-8.4. Weliswaar oordeelde het Comité in deze zaak dat in Uruguay geen sprake was van een 'public emergency' (omdat de Uruguayaanse regering geen gegevens had overlegd waaruit dit zou kunnen worden afgeleid), maar het Comité stelde dat 'even on the assumption' dat wél sprake was van een 'public emergency' de noodzaak van de door Uruguay getroffen maatregelen niet kon worden aangenomen.

tee a duty to conduct a careful analysis under each article of the Covenant based on an objective assessment of the actual situation.³⁶⁶

Daarmee is echter niet gezegd dat het Mensenrechtencomité een duidelijk 'strengere' toets aanlegt, waarin bijvoorbeeld de getroffen noodmaatregelen standaard wél op hun doelmatigheid beoordeeld worden. Door diverse Comitéleden werden bij de bespreking van de Britse statenrapportage in 1985 weliswaar vragen gesteld die duiden op een dergelijke doelmatigheidstoets, maar het Comité als geheel heeft hier nooit een expliciet standpunt over ingenomen en het stellen van dergelijke vragen geschiedt niet op structurele basis.³⁶⁷

8.4.3 Proportionaliteit en duur van de opschortende maatregelen

8.4.3.1 Proportionaliteit: toetsingskader

Het tweede element van het 'strictly required'-vereiste bevat de proportionaliteitstoets in strikte zin.³⁶⁸ Indien sprake is van een 'public emergency' in de zin van de opschortingsbepalingen, moet in het kader van deze proportionaliteitstoets worden bepaald of de grondrechtenopschortende noodmaatregelen in een redelijke verhouding staan tot het doel dat met die maatregelen wordt nagestreefd, namelijk de bestrijding van de crisissituatie en het herstel van de normale orde. Ook tijdens een 'public emergency' is niet zonder meer elke grondrechtenopschortende maatregel als proportioneel aan te merken. Dit vergt in de eerste plaats dat elke grondrechtenopschortende noodmaatregel gerelateerd moet zijn aan de crisissituatie, er moet een duidelijk verband zijn tussen de feiten van de crisissituatie en de maatregelen die worden getroffen.³⁶⁹ Oraá duidt dit aan als 'qualitative proportionality'.³⁷⁰ Toepassing van een dergelijke toets brengt bovendien met zich, zo stelt hij, dat telkens bezien moet worden of noodmaatregelen in proportie zijn met de ernst van de crisis van dat moment, de omstandigheden kunnen immers wijzigen: '[T]he measures to deal with the emergency must (...) vary in accordance with the different

366 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 6. Uit de gepubliceerde discussies binnen het Comité over het ontwerp voor dit *General Comment* kan worden opgemaakt dat de woorden 'objective assessment' bedoeld zijn om afstand te nemen van het idee van een 'margin of appreciation' die zou toekomen aan de verdragsstaten.

367 De Comitéleden vroegen onder meer 'whether the required measures in the political and social fields had been taken to solve the problems which had led to violence and whether any improvement or progress had been achieved towards the resolution of the Irish question'. VN Doc. A/40/40, p. 100, § 528. Vgl. Svensson-McCarthy 1998, p. 572.

368 Vgl. Oraá 1992, p. 142.

369 Zie het Commissie-oordeel in ECieRM 25 januari 1976 (rapport), appl.no. 5310/71 (Ireland/UK), *Series B* vol. 23-I, p. 119.

370 *Idem*, p. 146.

degree of gravity of the circumstances. There must therefore be a certain proportionality in each of the phases of the emergency'.³⁷¹ Een dergelijke benadering is terug te vinden in diverse rapporten van de ECieRM³⁷² en in het EHRM-arrest *Ireland/UK* waarin het Hof in het kader van de proportionaliteitstoets waarde hecht aan het feit dat de Britse regering gedurende de in deze zaak onderzochte periode de detentiemaatregelen diverse malen aanpaste in verbande met gewijzigde omstandigheden.³⁷³ Uit diverse ECieRM-rapporten kan ook worden afgeleid dat het feit dat een regering geen preventieve maatregelen heeft getroffen om te voorkomen dat een crisissituatie zou ontstaan, er niet aan in de weg staat dat die regering, als het dan tot een ernstige crisissituatie komt, alsnog maatregelen neemt om die crisis te keren; ook als die maatregelen dan een opschorting van bepaalde grondrechten inhouden.³⁷⁴ Het EHRM gaf in het arrest *Ireland/UK* aan dat het als internationale toezichthoudende instantie tot een 'overall'-beoordeling van het overheidsoptreden moet komen:

'When a State is struggling against a public emergency threatening the life of the nation, it would be rendered defenceless if it were required to accomplish everything at once, to furnish from the outset each of its chosen means of action with each of the safeguards reconcilable with the priority requirements for the proper functioning of the authorities and for restoring peace within the community. The interpretation of Article 15 must leave a place for progressive adaptations.'³⁷⁵

Zoals hierboven reeds opgemerkt, is het bij een dergelijke toets heel moeilijk om algemene opmerkingen te maken over de vraag waar de grens tussen proportioneel en disproportioneel optreden nu precies ligt. Het antwoord is sterk afhankelijk van de feitelijke omstandigheden in een bepaald geval. Desalniettemin kunnen wel enkele meer algemene opmerkingen worden gemaakt, vooral ten aanzien van een aantal typen van grondrechtenschortende maatregelen. Typen van maatregelen waarnaar frequent gegrepen wordt tijdens een 'public emergency' zijn de toepassing van administratieve detentie, inbreuken op een eerlijke procesgang en ontzetting van personen uit hun politieke rechten.

Een eerste algemene opmerking kan worden ontleend aan *General Comment No. 29* van het VN-Mensenrechtencomité. Het Comité merkt hierin op dat

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² Zie de opinions van ECieRM-leden Süsterhenn en Ermacora in het rapport in de *Lawless*-zaak, *Series B* 1960-1961, p. 146 en 156 en de opinions van Eustathiades en Busuttil in het ECieRM-rapport in de *Greek Case*, *Yearbook ECHR* 1969 (The Greek Case), p. 104-110 en 117-118.

³⁷³ EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK), § 220 en 243.

³⁷⁴ Zie o.m. de opinion van ECieRM-lid Waldock in ECieRM 19 december 1959 (rapport), appl.no. 332/57 (Lawless/Ireland), *Series B* 1960-1961, p. 125. Vgl. ook EHRM 1 juli 1961, *Series A* Vol. 3 (Lawless/Ireland), r.o. 35.

³⁷⁵ EHRM 18 januari 1978, *Series A* Vol. 25 (Ireland/UK), § 220.

normen van internationaal strafrecht relevant kunnen zijn bij toetsing aan artikel 4 IVBPR en de bepaling van de proportionaliteit van grondrechten-opschortende noodmaatregelen:

'In assessing the scope of legitimate derogation from the Covenant, one criterion can be found in the definition of certain human rights violations as crimes against humanity. If action conducted under the authority of a State constitutes a basis for individual criminal responsibility for a crime against humanity by the persons involved in that action, article 4 of the Covenant cannot be used as justification that a state of emergency exempted the State in question from its responsibility in relation to the same conduct. Therefore, the recent codification of crimes against humanity, for jurisdictional purposes, in the Rome Statute of the International Criminal Court is of relevance in the interpretation of article 4 of the Covenant.'³⁷⁶

De buiten de mensenrechtenverdragen gecodificeerde bepalingen over misdrijven tegen de menselijkheid zijn derhalve mede bepalend voor het antwoord op de vraag hoe ver de inbreuk op of opschorting van een IVBPR-recht dat niet *a priori* als *notstandsfest* wordt aangemerkt, mag gaan.

8.4.3.2 Proportionaliteit: administratieve detentie, voorgeleiding en rechterlijke controle

Eén van de maatregelen die ter bestrijding van een crisissituatie die de staatsveiligheid ernstig bedreigt menigmaal wordt getroffen is de toepassing van administratieve detentie, vrijheidsbeneming zonder prompte voorgeleiding aan een onafhankelijke autoriteit die bevoegd is om een oordeel uit te spreken over de rechtmatigheid van die vrijheidsbeneming. Questiaux stelde in haar rapport uit 1982 dat de verlengde administratieve detentie van personen verdacht van subversieve activiteiten een 'typische' noodmaatregel is die zelden berust op een objectieve taxatie ten aanzien van de noodzaak ervan.³⁷⁷ Zij wees op het fenomeen van 'deviation by perpetuation': aanvankelijk wordt

376 *Idem*, § 12. Het Comité verwijst hierbij naar artikel 6 (genocide) en 7 (misdrijven tegen de menselijkheid) van het Statuut van het Internationaal Strafhof en merkt daarover op: 'While many of the specific forms of conduct listed in article 7 of the Statute are directly linked to violations against those human rights that are listed as non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, of the Covenant, the category of crimes against humanity as defined in that provision covers also violations of some provisions of the Covenant that have not been mentioned in the said provision of the Covenant. For example, certain grave violations of article 27 may at the same time constitute genocide under article 6 of the Rome Statute, and article 7, in turn, covers practices that are related to, besides articles 6, 7 and 8 of the Covenant, also articles 9, 12, 26 and 27.'

377 In de ICJ-study 1983, p 429, wordt aangevoerd dat detentie zonder proces vrijwel altijd een disproportionele noodmaatregel is aangezien er diverse maatregelen die een minder ernstige inbreuk op grondrechten maken te treffen zijn om ook in noodomstandigheden problemen m.b.t. het verzamelen van bewijs of de veiligheid van getuigen te overkomen, bijv. het achter gesloten deuren laten plaatsvinden van het proces of het gebruik van anonieme getuigen.

administratieve detentie alleen toegepast jegens van gewelddadige terroristische acties verdachte personen, vervolgens ook tegen hun medestanders en sympathisanten, vakbondsactivisten, andere niet-gewelddadige actievoerders en ten slotte jegens iedereen die verdacht wordt niet-loyaal te zijn aan het heersende regime. Een dergelijke praktijk waarin administratieve detentie wordt uitgebreid naar de 'grey area' van suspecte overtuigingen en opvattingen kan volgens haar de toets aan het proportionaliteitsbeginsel nimmer doorstaan.³⁷⁸ Questiaux formuleerde een viertal minimumvoorwaarden met betrekking tot preventieve detentie:

1. All arrests should be made public or at least entered in an official register;
2. detainees should not be kept incommunicado except for very brief periods where necessary pending inquiries;
3. administrative internment cannot be of unlimited duration;
4. measures designed to provide a substitute for ordinary criminal processes should be kept to a strict limit.³⁷⁹

In § 8.2 *supra* werd reeds vastgesteld dat het bij administratieve (of preventieve) detentie relevante recht van habeas corpus (artikel 5, vierde lid, EVRM en artikel 9, vierde lid, IVBPR) als niet-opschortbaar moet worden beschouwd. Met deze niet-opschortbaarheid van het recht van habeas corpus is echter nog niets gezegd over de periode die het mag duren voordat een gedetineerde van dit recht gebruik kan maken. In het arrest *Igdeli/Turkey* uit 2002 merkte het EHRM over deze kwestie het volgende op:

'The Court considers that where a detained person has to wait for a period to challenge the lawfulness of his custody, there may be a breach of Article 5 § 4. (...) [T]he Court considers that the period in question [zeven dagen – JPL] sits ill with the notion of "speedily" under Article 5 § 4 of the Convention. (...) The Court notes that in the present case, the length of the applicant's detention in police custody did not exceed the time limit prescribed by law. This is, in fact, the reason why the applicant was unable to challenge his detention in police custody which lasted seven days, a period which was in conformity with the Turkish law at the relevant time.'³⁸⁰

Een periode van zeven dagen voordat een gedetineerde gebruik kan maken van het recht van habeas corpus is derhalve voor het EHRM nog acceptabel.

Met betrekking tot de strengere norm van prompte voorgeleiding aan een rechter of andere onafhankelijke autoriteit die kan beslissen over de rechtmatigheid van de detentie – het recht neergelegd in artikel 5, derde lid, EVRM (en ook in artikel 9, derde lid, IVBPR), dat anders dan het recht van habeas corpus

378 Questiaux 1982, § 171-200.

379 *Idem*, § 186-190.

380 EHRM 20 juni 2002, appl.no. 29296/95 (*Igdeli/Turkey*), § 34-35.

wel opgeschort kan worden – heeft het EHRM ook uitspraken gedaan. In het arrest *Brannigan and McBride/United Kingdom*, waarin het VK zijn verplichtingen onder artikel 5, derde lid, EVRM had opgeschort accepteerde het Hof een periode van zeven dagen tussen de aanvang van de vrijheidsbeneming en de voorgeleiding aan een rechter als een proportionele opschorting van het recht op een prompte voorgeleiding.³⁸¹ In het arrest *Aksoy/Turkey* oordeelde het Hof echter dat een periode van veertien dagen voordat voorgeleiding plaatsvindt niet meer als proportioneel aangemerkt kan worden:

‘Although the Court is of the view – which it has expressed on several occasions in the past (...) – that the investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems, it cannot accept that it is necessary to hold a suspect for fourteen days without judicial intervention. This period is exceptionally long, and left the applicant vulnerable not only to arbitrary interference with his right to liberty but also to torture.’³⁸²

Nu kwam het Hof in *Aksoy* niet alleen vanwege de lengte van de periode tot de voorgeleiding tot het oordeel dat het EVRM geschonden was, maar ook vanwege het ontbreken van waarborgen tegen misbruik van de noodmaatregel (zie daarover § 8.3.3.6 *infra*). In het latere arrest *Nuray Sen/Turkey* (2003) oordeelt het Hof echter een periode van elf dagen tussen arrestatie en voorgeleiding reeds strijdig met het EVRM, ondanks het feit dat de detentie plaatsvond in het gebied waarvoor de Turkse opschorting van artikel 5 EVRM gold en zonder enige verwijzing naar het verdere ontbreken van waarborgen tegen misbruik.³⁸³ Indien er elf dagen verstrijken alvorens een gedetineerde wordt voorgeleid aan een rechterlijke autoriteit is volgens het EHRM dus reeds sprake van een disproportionele opschorting van het recht op een prompte voorgeleiding.

Het VN-Mensenrechtencomité heeft tot dusverre nog nooit zulke precieze uitspraken gedaan met betrekking tot de periode waarbinnen een gedetineerde gebruik moet kunnen maken van zijn recht van habeas corpus of de proportionaliteit van de opschorting van het recht op een prompte voorgeleiding.³⁸⁴ In zijn *Observations* met betrekking tot India stelde het Comité in 1997 echter wel dat ‘[t]he question of continued detention should be determined by an independent and impartial tribunal constituted and operating in accordance

381 EHRM 22 april 1993, *Series A* Vol. 258-B (*Brannigan and McBride/UK*), § 66.

382 EHRM 26 november 1996, *RJ&D* 1996-VI (*Aksoy/Turkey*), § 78.

383 EHRM 17 september 2003, appl.no. 41478/98 (*Nuray Sen/Turkey*), § 23-29.

384 In VN-Mensenrechtencomité 27 juli 1982, comm.no. 46/1979 (*Fals Borda/Colombia*), § 12.3 oordeelde het Comité een detentieperiode van meer dan een jaar zonder mogelijkheid om een rechter te vragen om een rechtmatigheidsoordeel ver de detentie als strijdig met artikel 9 lid 4 IVBPR.

with article 14, paragraph 1, of the Covenant'. Ook beval het Comité aan om tenminste te komen tot een centraal register van preventief gedetineerden.³⁸⁵

8.4.3.3 Proportionaliteit: inbreuken op een eerlijke procesgang

Tot de regelmatig gebruikte grondrechtenopschortende noodmaatregelen behoren ook maatregelen die een afwijking betekenen van de normale procesgang, bijvoorbeeld doordat burgers berecht worden door militaire rechtbanken. In de *Lawless*-zaak bracht de ECieRM naar voren dat een zodanige maatregel als tijdelijke noodmaatregel gerechtvaardigd kan zijn in een situatie waarin als gevolg van bijvoorbeeld terroristische bedreigingen de gewone burgerlijke rechter of de door hem op te roepen getuigen te zeer geïntimideerd zouden kunnen worden om fatsoenlijke onafhankelijke rechtspraak te laten plaatsvinden.³⁸⁶ Er zijn echter ook legio voorbeelden van situaties waarin de rechtsmacht van militaire rechtbanken over niet-militaire justitiabelen werd gevestigd zonder dat daadwerkelijk of serieus onderzocht was of de normale burgerlijke rechtspraak inderdaad niet goed meer kon functioneren.³⁸⁷ In 1983 argumenteerde de *International Commission of Jurists* reeds dat de 'reasons invoked for transferring jurisdiction from civilian to military courts are never of sufficient gravity to preclude less onerous alternatives'.³⁸⁸ In het in 1984 vastgestelde *General Comment No. 13*, over artikel 14 IVBPR, merkte het Mensenrechtencomité hierover het volgende op:

'The Committee notes the existence, in many countries, of military or special courts which try civilians. This could present serious problems as far as the equitable, impartial and independent administration of justice is concerned. Quite often the reason for the establishment of such courts is to enable exceptional procedures to be applied which do not comply with normal standards of justice. While the Covenant does not prohibit such categories of courts, nevertheless the conditions which it lays down clearly indicate that the trying of civilians by such courts should be very exceptional and take place under conditions which genuinely afford the full guarantees stipulated in article 14.'³⁸⁹

385 VN Doc. CCPR/C/79/Add. 81 (1997), § 27.

386 ECieRM 19 december 1959 (rapport), appl.no. 332/57 (*Lawless/Ireland*), *Series B* 1960-1961, p. 114.

387 *Questiaux* 1982, § 155.

388 ICJ-study 1983, p. 429. In deze ICJ-study is ook geïnventariseerd welke soorten van zaken veelal onder de rechtsmacht van militaire rechtbanken gebracht werden: variërend van misdrijven tegen veiligheidstroepen, tegen de politie en tegen gevangenis personeel, tot lidmaatschap van onwettige organisaties en het in bezit hebben van 'verdachte goederen' (p. 16-18).

389 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 13*, § 4, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, p. 136.

In zijn *Concluding Observations* naar aanleiding van de bespreking van de het statenrapport van Chili in 1993 stelde het Mensenrechtencomité: '[T]he continuing jurisdiction of Chilean military courts to try civilians does not comply with article 14 of the Covenant'.³⁹⁰ In diverse andere *Observations* heeft het Comité aangegeven dat de jurisdictie van militaire rechtbanken beperkt dient te blijven tot militairen en tot aangelegenheden die te maken hebben met de uitoefening van militaire functies.³⁹¹ Bovendien is het Comité reeds diverse malen tot de conclusie gekomen dat het berechten van militairen en politiepersoneel door militaire rechtbanken indien zij zich hebben schuldig gemaakt aan mensenrechtenschendingen onvoldoende waarborgen biedt voor de slachtoffers van die mensenrechtenschendingen en daarom in strijd komt artikel 2, derde lid, en artikel 14 IVBPR.³⁹² In § 5.7.2.3 *supra* werd reeds gewezen op de reeks EHRM-arresten tegen Turkije (o.m. *Incal/Turkey* en *Öcalan/Turkey*) waarin consequent de deelname van militaire rechters aan de rechtspraak door de Turkse staatsveiligheidsrechtbanken in zaken tegen niet-militairen in strijd met het recht op berechting door een onafhankelijk en onpartijdig tribunaal (artikel 6, eerste lid, EVRM) werd beoordeeld. Ook in Europees verband wordt derhalve de berechting van burgers door militaire rechtbanken als strijdig met een eerlijk proces aangemerkt.

De jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité biedt enkele verdere aanknopingspunten voor een nadere bepaling van de proportionaliteit van inbreuken op het recht op een eerlijk proces tijdens noodtoestanden. In de Peruaanse zaken *Polay Campos*, *Sybila Arredondo* en *Gutierrez Vivanco* stelde het VN-Mensenrechtencomité dat gerechtelijke procedures weliswaar mogen worden aangepast om de rechterlijke macht te beschermen tegen terrorisme, maar dat de 'basic requirements of fair trial' niet opgeschort zouden mogen worden. Daarom oordeelde het Comité dat het systeem van de zogenaamde 'faceless courts' zoals dat in Peru functioneerde, waarbij terrorismeverdachten berecht werden door rechters wier identiteit onbekend was en wier gezicht onherkenbaar was gemaakt door het dragen van een kap over het hoofd, strijdig met het recht op een eerlijk proces. Het Comité achtte met name de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters onvoldoende gewaarborgd.³⁹³ De drie zaken hadden alle te maken met de berechting van ver-

390 VN Doc. CCPR/C/79/Add.23 (1993), § 9.

391 Zie voor een overzicht ICJ-rapport *Military Jurisdiction and International Law*, Geneva 2004, p. 66-69.

392 *Idem*, p. 63.

393 VN-Mensenrechtencomité 6 november 1997, comm.no. 577/1994 (*Polay Campos/Peru*), VN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994, § 8.8: 'As to Mr. Polay Campos' trial and conviction on 3 April 1993 by a special tribunal of "faceless judges", no information was made available by the State party, in spite of the Committee's request to this effect (...). As indicated by the Committee in its (...) *Concluding Observations* of 6 November 1996 (...) such trials by special tribunals composed of anonymous judges are incompatible with article 14 of the Covenant. It cannot be held against the author that she furnished little information about her husband's trial: in fact, the very nature of the system of trials by "faceless judges"

meende terroristen en speelden in de periode dat Peru diverse verplichtingen onder het IVBPR had opgeschort, zij het niet het recht op een eerlijk proces van artikel 14.

In de laatste van deze drie zaken meent het Comitélid Shearer dat een voor het overige geheel eerlijk verlopen rechtsgang voor anonieme rechters geaccepteerd zou kunnen worden indien de betreffende staat zijn verplichtingen onder artikel 14 IVBPR zou hebben opgeschort.³⁹⁴ Hij gaat er daarbij echter aan voorbij dat het probleem bij anonieme rechters nu juist is dat niet gecontroleerd kan worden of aan een aantal van die andere eisen van een eerlijk proces is voldaan. Bovendien lijkt zijn standpunt in te druisen tegen de opvatting van het Comité zoals die valt af te leiden uit *General Comment No. 29*, namelijk dat de meeste normen inzake een eerlijk proces (waaronder die van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid) *notstandsfeest* zijn vanwege het feit dat zij in het humanitaire recht zelfs nog gewaarborgd worden tijdens gewapende conflicten en dus ook bij minder ernstige crises gewaarborgd zouden moeten blijven (zie *supra* § 8.2.3).

Een laatste punt met betrekking tot het recht op een eerlijk proces dat relevant kan zijn in verband met de grenzen aan de mogelijkheden om dit recht op te schorten komt aan de orde in het oordeel van het Mensenrechtencomité in de zaak *Kavanagh/Ireland*.³⁹⁵ In deze zaak, die op zich niets te maken had met een crisissituatie of opschorting van het recht op een eerlijk proces,

in a remote prison is predicated on the exclusion of the public from the proceedings. In this situation, the defendants do not know who the judges trying them are and unacceptable impediments are created to their preparation of their defence and communication with their lawyers. Moreover, this system fails to guarantee a cardinal aspect of a fair trial within the meaning of article 14 of the Covenant: that the tribunal must be, and be seen to be, independent and impartial. In a system of trial by "faceless judges", neither the independence nor the impartiality of the judges is guaranteed, since the tribunal, being established ad hoc, may comprise serving members of the armed forces. In the Committee's opinion, such a system also fails to safeguard the presumption of innocence, which is guaranteed by article 14, paragraph 2. In the circumstances of the case, the Committee concludes that paragraphs 1, 2 and 3 (b) and (d) of article 14 of the Covenant were violated.' VN-Mensenrechtencomité 14 augustus 2000, comm.no. 688/1996 (Sybila Arredondo/Peru), VN Doc. CCPR/C/69/D/688/1996, § 11; VN-Mensenrechtencomité 26 maart 2002, comm.no. 678/1996 (Sybila Arredondo/Peru), VN Doc. CCPR/74/D/678/1996, § 7.1.

³⁹⁴ VN-Mensenrechtencomité 26 maart 2002, comm.no. 678/1996 (Sybila Arredondo/Peru), VN Doc. CCPR/74/D/678/1996, Individual opinion of Mr. Ivan Shearer: 'I think it desirable to make clear that the Committee has not condemned the practice of "faceless justice" in itself, and in all circumstances. The practice of masking, or otherwise concealing, the identity of judges in special cases, practised in some countries by reason of serious threats to their security caused by terrorism or other forms of organized crime, may become a necessity for the protection of judges and of the administration of justice. When States parties to the Covenant are faced with this extraordinary situation they should take the steps set out in article 4 of the Covenant to derogate from their obligations, in particular those arising from article 14, but only to the extent strictly required by the exigencies of the situation.'

³⁹⁵ VN-Mensenrechtencomité 4 april 2001, comm.no. 819/1998 (Kavanagh/Ireland), UN Doc. CCPR/C/71/D/819/1998.

oordeelde het Comité dat het onderwerpen van bepaalde verdachten aan een buitengewone strafrechtelijke procedure voor een speciaal rechterlijk college op zich is toegestaan indien die procedure voldoet aan de eisen van artikel 14 IVBPR. De beslissing om een verdachte voor zo'n speciale rechterlijke instantie te brengen mag echter niet willekeurig zijn en geheel binnen de discretionaire bevoegdheid van de vervolgende autoriteiten liggen. Als dat wel zo is dan is sprake van strijd met het gebod van 'equality before the law' van artikel 26 IVBPR. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat ook in geval van een opschorting van de verplichtingen onder artikel 14 met betrekking tot een eerlijk proces het onderwerpen van bepaalde verdachten aan speciale strafrechtelijke procedures nooit het resultaat mag zijn van een willekeurige beslissing die op geen enkele wijze aangevochten kan worden door de betrokkene. Het maken van ongerechtvaardigd onderscheid bij het opschorten van bepaalde procedurele rechten levert ook strijd met het proportionaliteitsbeginsel op (zie nader § 8.5.1 *infra*).

8.4.3.4 Proportionaliteit: opschorting van politieke rechten

Een laatste vorm van grondrechtenop-schorting waarnaar in tijden van crisis menigmaal gegrepen wordt is het opschorten van de politieke rechten, bijvoorbeeld het kiesrecht, van bepaalde personen. In de zaak *Landinelli Silva* oordeelde het Mensenrechtencomité dat een uitzetting uit de politieke rechten voor meer dan vijftien jaar disproportioneel was:

[T]he Human Rights Committee does not see what ground could be adduced to support the contention that, in order to restore peace and order, it was necessary to deprive all citizens, who as members of certain political groups had been candidates in the elections of 1966 and 1971, of any political right for a period as long as 15 years. This measure applies to everyone, without distinction as to whether he sought to promote his political opinions by peaceful means or by resorting to, or advocating the use of, violent means. The Government of Uruguay has failed to show that the interdiction of any kind of political dissent is required in order to deal with the alleged emergency situation and pave the way back to political freedom. (...)

The Human Rights Committee, acting under article 5(4) of the Optional Protocol, is of the view that, by prohibiting the authors of the communication from engaging in any kind of political activity for a period as long as 15 years, the State party has unreasonably restricted their rights under article 25 of the Covenant.³⁹⁶

Diverse leden van het VN-Mensenrechtencomité gaven aan dat de opschorting van het kiesrecht voor een periode van negen jaar, zoals geschiedde in Chili,

396 VN-Mensenrechtencomité 8 april 1981, comm.no. 34/1978 (*Landinelli Silva et al./Uruguay*), VN Doc. CCPR/C/12/D/34/1978, § 8.5 en 9.

niet als een proportionele maatregel bestempeld kon worden.³⁹⁷ Tot een enigszins vergelijkbaar oordeel kwam de ECieRM in de statenklachtprocedure tegen Griekenland, naar aanleiding van de staatsgreep aldaar in 1967: 'even if it be said that there has been a continuing public emergency threatening the life of the nation (...) there is no indication that the situation has been and still is such as to require the suspension of parliamentary life or that elections could not be held'.³⁹⁸

8.4.3.5 Duur

Ten aanzien van de duur van grondrechtenopvoerende noodmaatregelen is door de ECieRM een belangrijk uitgangspunt neergelegd in haar rapport in de zaak *De Becker/Belgium*. Deze zaak werd reeds besproken in § 4.6 *supra*. De journalist De Becker werd in 1946 ter dood veroordeeld door de Brusselse krijgsraad vanwege collaboratie met de Duitse bezetter, welke er onder meer uit had bestaan dat hij door zijn journalistieke geschriften 'deliberatedly directed, practised, incited, promoted, and encouraged propaganda against resistance to the enemy and the enemy's allies' en 'incited Belgian nationals to commit the crime of taking up arms against their country'.³⁹⁹ In hoger beroep werd het doodvonnis door de militaire rechtbank van Brussel in 1947 vernietigd, maar werden de overige door de krijgsraad aan De Becker opgelegde straffen bevestigd. Onderdeel van die straffen was een ontzetting uit diverse burgerrechten conform artikel 123 *sexies* van het Belgische Wetboek van Strafrecht. In casu hield dit voor De Becker een verbod in om nog langer op enigerlei wijze betrokken te zijn bij de redactie, druk of verspreiding van kranten of andere publicaties. De Becker klaagde in Straatsburg dat dit 'beroepsverbod' voor hem een ongerechtvaardigde inbreuk opleverde op zijn vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM). Namens de Belgische regering werd tijdens de hoorzitting bij de ECieRM aangevoerd dat de ontzetting uit diverse rechten op grond van artikel 123 *sexies* Wetboek van Strafrecht had plaatsgevonden in het kader van de tot 15 juni 1949 in België geldende oorlogstoestand en dat er derhalve een verband was met artikel 15 EVRM:

'The restrictive measures of Article 123 *sexies* seem to conform to the provisions of Article 15, with perhaps one special feature that Article 15 does not provide for, namely that this is a measure introduced not after the outbreak of the war but in time of peace, in anticipation of the possible outbreak of war. It is a measure introduced before the Convention came into force, which explained why it was not possible to comply with the provisions of paragraph 3 of the said Article (...).

397 VN Doc. CCPR/C/SR.528, p. 4-5.

398 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. 179, § 418.

399 Weergegeven in EHRM 27 maart 1962, *Series A* vol. 4 (De Becker/Belgium), p. 7.

[D]oes Article 15 require all wartime measures to cease automatically to have effect when the war comes to an end? It seems difficult to justify this narrow interpretation (...).

Once a penalty has been duly applied under a regulation applicable in wartime only (...) it would not be logical or responsible to hold the view that as soon as the state of war has disappeared the penalty must cease to have effect. That would be to make penalties practically useless in many cases.⁴⁰⁰

De ECieRM wees de argumenten van de Belgische regering echter van de hand. De Commissie stelde simpelweg dat de artikel 15 EVRM alleen een opschorting van bepaalde grondrechten toelaat voorzover die gerechtvaardigd is door de (nood)omstandigheden zoals omschreven in het eerste lid van dat artikel, 'with the result that if they remain in force after those circumstances have disappeared they represent a breach of the Convention'.⁴⁰¹ Eventuele toepassing van artikel 15 kon volgens de Commissie ook niet aan de orde zijn, want de klacht van De Becker had betrekking op de periode sinds 14 juni 1955 en de Belgische regering had geenszins aangevoerd dat in die periode nog sprake was van een 'public emergency threatening the life of the nation' in België.⁴⁰²

Het EHRM deed uiteindelijk geen uitspraak in deze zaak, omdat besloten werd deze van de rol te schrappen in verband met een aanpassing van de Belgische wetgeving waardoor de ontzetting uit de burgerrechten van De Becker was komen te vervallen. Uit het oordeel van de Commissie kan echter een strikte benadering ten aanzien van de duur van grondrechtenopschortende noodmaatregelen worden afgeleid: zodra de feitelijke noodsituatie beëindigd is, moeten deze ingetrokken worden. Terecht merkt Oraá op dat een strikte benadering op dit punt 'derives from the very essence of the derogation clause'.⁴⁰³ Een minder strikte houding zou het waarborg-karakter van de opschortingsbepalingen te zeer aantasten en leiden tot rechtsonzekerheid.

Met betrekking tot de duur van noodmaatregelen die een opschorting van bepaalde grondrechten inhouden benadrukt het VN-Mensenrechtencomité in *General Comment No. 29* in de eerste plaats dat grondrechtenopschortende noodmaatregelen tijdelijk van aard moeten zijn.⁴⁰⁴ Vervolgens stelt het dat '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'. In een aantal gevallen is de duur van een opschorting door (leden van) het Comité specifiek aan de orde gesteld bij de bespreking van statenrapportages. Zo concludeerde het Comité bij de bespreking van de Uruguayaanse statenrapportage in 1982

400 Pleidooi gehouden op 17 maart 1959, weergegeven in *Series B* 1962, p. 131

401 *Idem*, p. 133.

402 *Idem*, p. 133 en 135.

403 Oraá 1992, p. 151.

404 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 2. Ook bij de bespreking van het Uruguayaanse statenrapport in 1982 merkten diverse Comitéleden reeds op dat de IVBPR-rechten 'cannot be suspended indefinitely' (VN Doc. A/37/40 (1982), p. 62, § 270 en 279).

dat de noodsituatie (veroorzaakt door de guerilla-oorlog van de Movimiento de Liberacion Nacional-Tupamaros), inmiddels voorbij was, omdat de betreffende beweging geen gevaar meer veroorzaakte en vroeg het de regering om de noodtoestand en grondrechtenopshorting op te heffen.⁴⁰⁵ Het Comité heeft veelvuldig kritiek uitgeoefend op staten waar reeds voor een zeer lange periode het regime van een noodtoestand of staat van beleg gold, zoals bijvoorbeeld Syrië:

'The Committee is concerned at the fact that Legislative Decree No. 51 of 9 March 1963 declaring a state of emergency has remained in force ever since that date, placing the territory of the Syrian Arab Republic under a quasi-permanent state of emergency, thereby jeopardizing the guarantees of article 4 of the Covenant. It also regrets that the delegation did not provide details of the application of the state of emergency in actual situations and cases.

While noting the information given by the State party's delegation that the state of emergency is rarely put into effect, the Committee recommends that it be formally lifted as soon as possible.⁴⁰⁶

Ook bij de bespreking van de Britse statenrapportage in 1993 werden door diverse Comitéleden kritische opmerkingen gemaakt over de 'prolonged application' van 'the many emergency measures' vanwege de situatie in Noord-Ierland.⁴⁰⁷

Met name bij regeringen met een totalitair karakter blijkt in de praktijk menigmaal dat het voortduren van een noodtoestand niet zozeer ingegeven is door een daadwerkelijke noodsituatie, maar veeleer gehanteerd wordt als een middel om de eigen onderdanen een bepaalde mate van angst voor vermeende bedreigingen aan te jagen, die er weer toe bijdraagt dat allerhande restrictieve maatregelen van het bewind makkelijker worden geaccepteerd. Het Mensenrechtencomité probeert in de 'constructieve dialoog' met de staten waar zich een dergelijke situatie voordoet als eerste veelal om dit feit aan het licht te brengen. Het komt echter voor dat het noodregiem in de betreffende staat zodanig verweven is geraakt met het normale rechtsstelsel dat de delegatie van zo'n staat in de gesprekken met het Comité het bestaan van een noodtoestand eenvoudig ontkent.⁴⁰⁸

8.4.3.6 Belang van nationaal toezicht door wetgever en rechter

De aanwezigheid op nationaal niveau van controle op de gerechtvaardigheid van het uitroepen van een noodtoestand, op de uitoefening van noodbevoegd-

405 VN Doc. CCPR/C/SR. 356 en 357 (1982).

406 VN Doc. CCPR/CO/71/SYR (2001), § 6. Vgl. ook VN Doc. CCPR/CO/76/EGY (2002), § 6; CCPR/CO/79/Add.93 (1998), § 11 en CCPR/C/79/Add.81 (1997), § 19 (1997).

407 VN Doc. A/46/40, p. 102, § 411. Zie hierover ook de opmerkingen in § 7.1.5.4. *supra*.

408 Vgl. Oraá 1992, p. 154.

heden en op de proportionaliteit van grondrechtenopschortende maatregelen speelt al vanaf het *Lawless*-arrest een belangrijke rol in de jurisprudentie over het 'strictly required'-vereiste. De ten aanzien van *Lawless* toegepaste vrijheidsbenaming zonder rechterlijke controle, met opschorting van de verplichtingen onder artikel 5 EVRM, was met een aantal waarborgen tegen misbruik omkleed:

- de wet op basis waarvan de administratieve detentie werd toegepast stond onder constant toezicht door het parlement, 'which not only received precise details of its enforcement at regular intervals but could also at any time, by a Resolution, annul the Government's Proclamation which had brought the Act into force';
- er was toezicht op de toepassing van de administratieve detentie door een controle-commissie, de 'Detention Commission', bestaande uit drie leden (een militair en twee rechters), aan welke gedetineerden om een oordeel over hun voortgezette detentie zouden kunnen vragen en die eventueel zou kunnen beslissen tot vrijlating van een bepaalde gedetineerden.⁴⁰⁹

De Ierse regering had bovendien de bindende toezegging gedaan om elke gedetineerde 'who gave an undertaking to respect the Constitution and the Law and not to engage in any illegal activity' te zullen vrijlaten. Dit totaalpakket aan waarborgen tegen misbruik van de noodmaatregelen achtte het EHRM genoeg om de administratieve detentie als 'strictly required' aan te merken.⁴¹⁰

In haar rapport in de zaak *Ireland/United Kingdom* merkte de ECieRM op dat de waarborgen zoals genoemd door het Hof in het *Lawless*-arrest niet voor alle situaties als maatstaf zouden moeten worden genomen. Als het gaat om het opschorten van de rechten met betrekking tot vrijheidsbenaming (artikel 5 EVRM) hoeven volgens de Commissie niet in elke crisissituatie dezelfde waarborgen tegen misbruik aanwezig te zijn. Elk geval is anders en bij de bestrijding van een crisissituatie moet een verdragsstaat in beginsel zelf bepalen welke middelen nodig zijn om de crisis de baas te worden en welke waarborgen tegen misbruik van die middelen daarbij horen.⁴¹¹

Met betrekking tot de toepassing van administratieve detentie in afwijking van de verplichtingen onder artikel 5, derde lid, EVRM, acht het EHRM in het arrest *Brannigan and McBride/United Kingdom* de volgende waarborgen tegen misbruik van belang:

- de mogelijkheid voor de gedetineerde om gebruik te maken van 'the remedy of habeas corpus (...) to test the lawfulness of the original arrest and detention';

409 EHRM 1 juli 1961, *Series A* Vol. 3 (*Lawless/Ireland*), r.o. 37.

410 *Ibidem*.

411 ECieRM 25 januari 1976 (rapport), appl.no. 5310/71 (*Ireland/UK*), *Series B* vol. 23-I, p. 124.

- het recht voor gedetineerden om een advocaat te consulteren;
- het recht voor gedetineerden om een familielid of bekende op de hoogte te brengen van hun detentie en
- het recht voor gedetineerden om een arts te raadplegen.

Daarnaast hecht het Hof grote waarde aan het feit dat de antiterrorismewetgeving voor Noord-Ierland 'has been kept under regular independent review and (...) was subject to regular renewal'.⁴¹² Ten aanzien van het recht om een advocaat te consulteren acht het Hof zekere modificaties toelaatbaar. Op grond van de Britse antiterrorismewetgeving was dit recht vanaf 48 uur na de aanvang van de vrijheidsbeneming absoluut en afdwingbaar. Voor de eerste periode van 48 uur na aanvang van de vrijheidsbeneming kon consultatie van een advocaat eventueel worden geweigerd indien de autoriteiten konden aangeven dat daar 'reasonable grounds' voor waren (een dergelijke weigering kon zo nodig door de rechter worden getoetst).⁴¹³

De afwezigheid van dergelijke waarborgen in de zaak *Aksoy/Turkey* vormt voor het EHRM een belangrijke (aanvullende) reden om de praktijk van administratieve detentie in deze zaak als disproportioneel aan te merken:

'the Court considers that in this case insufficient safeguards were available to the applicant, who was detained over a long period of time. In particular, the denial of access to a lawyer, doctor, relative or friend and the absence of any realistic possibility of being brought before a court to test the legality of the detention meant that he was left completely at the mercy of those holding him.'⁴¹⁴

Het Hof verwijst in deze zaak ook naar het verband tussen het ontbreken van een onafhankelijke controle op de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming (habeas corpus) en het risico van foltering of onmenselijke behandeling van gedetineerden.

Uit het recente arrest *Elci and others/Turkey* kan verder worden afgeleid dat tot de waarborgen bij het toepassen van detentiemaatregelen ook behoort dat de vrijheidsbeneming geschiedt overeenkomstig de nationale wetgeving. In deze zaak draait het onder meer om het feit dat de nationale wetgeving vrijheidsbeneming alleen toestond op basis van een beslissing van het openbaar ministerie. Noch uit de door de Turkse regering aan het Hof overlegde informatie, noch uit het door het Hof zelf verrichte onderzoek, kan echter duidelijkheid worden verkregen over de vraag wie de arrestatie van de klagers in deze zaken heeft geautoriseerd.⁴¹⁵ De Turkse regering beroept zich weliswaar op

412 EHRM 22 april 1993, *Series A* Vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK), § 63-65.

413 *Idem*, § 64.

414 EHRM 26 november 1996, *RJ&D* 1996-VI (Aksoy/Turkey), § 83.

415 EHRM 13 november 2003, appl.no. 23145/93 en 25091/94 (Elci and others/Turkey), § 174 en 178.

de opschorting van zijn verplichtingen onder artikel 5 EVRM, maar het Hof komt toch tot de conclusie dat artikel 5, eerste lid, geschonden is:

[T]he Court is not persuaded that the applicants' unlawful detention could thereby be legitimised. The Government have not shown how the applicants' detention without adequate authorisation could have been strictly required by the exigencies of the situation envisaged by Article 15 § 1 of the Convention. (...) Accordingly, there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention.⁴¹⁶

De jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité is over het algemeen wat minder expliciet en duidelijk over de mate waarin voorzien moet zijn in waarborgen tegen misbruik van grondrechtenopschortende noodmaatregelen. Wel heeft het Comité bij diverse gelegenheden duidelijk gemaakt belang te hechten aan de aanwezigheid van waarborgen tegen misbruik van de grondrechtenopschortende noodmaatregelen.⁴¹⁷ Bovendien kan worden opgemerkt dat het Comité altijd kritisch is over *incommunicado* detentie.⁴¹⁸ In zijn *Concluding Observations* naar aanleiding van de bespreking van de Britse statenrapportage in 2001 sprak het zijn zorgen uit over het feit dat de Britse antiterrorisewetgeving voorzag in de mogelijkheid om gedetineerden gedurende de eerste 48 uur van hun vrijheidsbeneming het contact met hun advocaat geheel te onthouden. Het Comité achtte een dergelijke maatregel niet zonder meer gerechtvaardigd.⁴¹⁹ In vergelijking met het EHRM in het arrest *Brannigan and McBride/United Kingdom* lijkt het Mensenrechtencomité grotere aarzelingen te hebben over de proportionaliteit van een dergelijke maatregel. Ook het EHRM lijkt echter sinds 1993 zijn normen op dit punt enigszins te hebben aangescherpt. In het arrest *Magee/United Kingdom* uit 2000 oordeelde het Hof dat 'to deny access to a lawyer' voor een periode van 48 uur 'and in a situation where the rights of the defence were irretrievably prejudiced is – whatever the justification for such denial – incompatible with the rights of the accused

416 *Idem*, § 180.

417 Zie o.m. VN Doc. A/37/40 (1982), p. 59-60, § 270 en A/39/40 (1984), p. 14, § 75 en p. 88, § 450.

418 Zie VN Doc. CCPR/C/79/Add.61 (1996), § 12 en 18: 'The Committee expresses concern at the maintenance on a continuous basis of special legislation under which persons suspected of belonging to or collaborating with armed groups may be detained incommunicado for up to five days (...) [and] emphasizes that those provisions are not in conformity with articles 9 and 14 of the Covenant. It urges the State party to abandon the use of incommunicado detention.'

419 VN Doc. CCPR/CO/73/UK (2001), § 13: 'The Committee notes with concern that, under the general Terrorism Act 2000, suspects may be detained for 48 hours without access to a lawyer if the police suspect that such access would lead, for example, to interference with evidence or alerting another suspect. Particularly in circumstances where these powers have not been used (...) for several years, where their compatibility with articles 9 and 14, inter alia, is suspect, and where other less intrusive means for achieving the same ends exist, the Committee considers that the State party has failed to justify these powers.'

under Article 6'.⁴²⁰ Aangezien de verplichtingen met betrekking tot een eerlijk proces, zoals aan de orde kwam in § 8.2.3 *supra*, voor het overgrote deel (en ook voor wat betreft het recht op consultatie van een advocaat) als *notstandsfest* moeten worden beschouwd, zal ook tijdens een 'public emergency' in de zin van de opschortingsbepalingen het recht van gedetineerden op contact met een advocaat niet voor 48 uur kunnen worden opgeschort.

8.4.4 Conclusies

Het is inherent aan de toets aan het 'strictly required'-vereiste dat de uitkomst hiervan zeer afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden in een bepaald geval, het gaat immers om de proportionele verhouding tussen de getroffen noodmaatregelen en de crisissituatie. Dit betekent in ieder geval dat uit dit vereiste een nadrukkelijke motiveringsplicht voortvloeit voor de betrokken staat tegenover de toezichthoudende organen.

De Straatsburgse organen gaan bij de toets aan het 'strictly required'-vereiste, net als bij de toets aan het bedreigingscriterium, uit van een ruime *margin of appreciation* die aan de nationale autoriteiten dient toe te komen bij het bepalen van de noodmaatregelen die nodig zijn om een bepaalde crisissituatie te overwinnen. Er is weliswaar een 'European supervision', maar deze is slechts marginaal van aard en gaat zeker niet zo ver dat de Straatsburgse instanties achteraf gaan beoordelen of het door de nationale autoriteiten gevoerde beleid ter bestrijding van een bepaalde crisis nu wel efficiënt en doelmatig is geweest (EHRM-arrest *Ireland/United Kingdom*). Met deze benadering geeft het EHRM wel erg veel ruimte aan de verdragsstaten en valt te betreuren, aangezien de vraag naar de effectiviteit van grondrechtenopschortende maatregelen in relatie tot het met die maatregelen nagestreefde doel naar mijn gevoel een wezenlijk onderdeel vormt van de proportionaliteitstoets.⁴²¹ Bovendien kan worden opgemerkt dat juist in crisissituaties de nationale 'matigingsmechanismen' in de besluitvorming over grondrechtenopschortende maatregelen (bijvoorbeeld parlementaire controle) nogal eens minder adequaat functioneren vanwege de emoties en publieke druk of verontwaardiging waarvan

420 EHRM 6 juni 2000, *RJ&D 2000-VI* (Magee/UK), § 44.

421 Vgl. in dit verband het pertinentiecriteria dat deel uitmaakt van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets op grond van de bijzonder beperkingsclausules in het EVRM (zie *supra* § 4.7.3). Zie ook Macdonald 2000, p. 824. Hij stelt dat het niet-beoordelen van de effectiviteit van grondrechtenopschortende maatregelen 'implies that the Court cannot examine the effects of the measures taken but must look mainly, if not solely, at the situation from the Government's perspective at the time of the emergency. In my opinion, this approach is too restrictive. It undermines the Court's ability to determine whether the measures were strictly necessary in the first place; and as a matter of principle, the Court should not abdicate its responsibility to look at the question of efficacy (...)'.
(...)

in crisissituaties menigmaal sprake is.⁴²² Daarbij past eerder een strikte dan een marginale toetsing op internationaal niveau, in het bijzonder wanneer een grondrechtenopschortende maatregel reeds een lange periode duurt en de crisissituatie daardoor klaarblijkelijk niet is bedwongen. Het Mensenrechtencomité heeft herhaaldelijk nadrukkelijk afstand genomen van de hantering van een *margin of appreciation* in de toetsingspraktijk, ook bij de toetsing aan het 'strictly required'-vereiste.

Ondanks het feit dat de uitkomst van de proportionaliteitstoetsing altijd zeer casusbepaald is, kan uit de jurisprudentie van de toezichthoudende organen wel worden afgeleid welke elementen in de toetsing een belangrijke rol spelen: (1) elke grondrechtenopschortende noodmaatregel moet een duidelijk verband hebben met de feiten van de crisissituatie en daarmee in een redelijke verhouding staan, dit betekent onder meer dat de indringendheid van de maatregelen moet 'meebewegen' met de omvang en ernst van de crisissituatie; (2) naast de normen uit de mensenrechtenverdragen zelf, kunnen ook normen uit andere delen van het internationale recht – met name uit het internationale strafrecht – relevant zijn voor de beoordeling van de proportionaliteit van getroffen grondrechtenopschortende noodmaatregelen (zie *General Comment No. 29*); (3) bij de beoordeling van de proportionaliteit van getroffen grondrechtenopschortende noodmaatregelen op internationaal niveau speelt de aanwezigheid van waarborgen tegen misbruik op nationaal niveau – in de vorm van controle op het optreden van het bestuur door de wetgever en/of de rechter een belangrijke rol; maatregelen waarbij niet is voorzien in dergelijke nationale waarborgen tegen misbruik worden zonder uitzondering als disproportioneel aangemerkt; (4) de grondrechtenopschortende maatregelen dienen zo spoedig als mogelijk te eindigen als ook de crisissituatie voorbij is.

Met betrekking tot een tweetal grondrechtenopschortende noodmaatregelen die in crisissituaties met een zekere regelmaat worden getroffen, namelijk administratieve detentie en berechting door speciale militaire tribunaal, kan worden opgemerkt dat de ruimte voor het treffen van dergelijke maatregelen in de jurisprudentie van de toezichthoudende organen in de loop der jaren is ingeperkt. Waar bijvoorbeeld in de zaak *Lawless en Ireland/United Kingdom* zeer langdurige internering zonder enige rechterlijke controle en berechting door speciale (militaire) rechtbanken nog zonder al te veel problemen werd geaccepteerd, geeft de latere jurisprudentie te zien dat een periode van elf dagen tussen arrestatie en voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit niet meer wordt geaccepteerd (*Nuray Sen/Turkey*; mede vanwege het ontbreken van waarborgen tegen misbruik op nationaal niveau). Een periode van zeven dagen tot de voorgeleiding werd echter wel geaccepteerd (*Brannigan and McBride/United Kingdom; Igdeli/Turkey*). De aanwezigheid van militaire rechters in de Turkse staatsveiligheidsrechtbanken, die ook over burgers oordeelden,

422 Vgl. Warbrick 2002, p. 288 en Van Boven 1995, p. 73-74.

is de laatste jaren door het EHRM consequent aangemerkt als een inbreuk op het recht op een eerlijk proces. Ruimte om niet-militairen te onderwerpen aan rechtspraak door een militaire rechtbank lijkt derhalve niet aanwezig (*Incal/Turkey*; *Öcalan/Turkey*) en bovendien mag de beslissing om een bepaalde verdachte te onderwerpen aan een speciale vorm van rechtspraak niet geheel willekeurig zijn of geheel binnen de discretionaire bevoegdheid van het bestuur liggen (*Kavanagh/Ireland*). Ook voor rechtspraak door geheime rechtbanken, dat wil zeggen rechtbanken waarbij de identiteit en het uiterlijk van de rechters geheim wordt gehouden, lijkt geen ruimte te zijn (*Polay Campos/Peru*).

8.5 HET NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL

8.5.1 Introductie en achtergrond

De relevantie van het non-discriminatiebeginsel in noodsituaties die de staatsveiligheid bedreigen kan met een blik op de (recente) geschiedenis als een gegeven worden beschouwd. Het gevaar van discriminatoire overheidspraktijken is waarschijnlijk nooit zo groot als gedurende oorlogs- of andere veiligheidsbedreigende noodsituaties, aangezien de overheidsbeslissingen in dergelijke perioden menigmaal onder druk van de emoties van het moment plegen te worden genomen en niet altijd gebaseerd zijn op correcte informatie en een rationele analyse daarvan. De Amerikaanse rechter Brennan schreef in 1988 dat een 'sudden national fervour' er maar al te makkelijk toe kan leiden dat 'people (...) exaggerate the security risks posed by allowing individuals [vooral personen met een andere nationaliteit of personen van buitenlandse afkomst – JPL] to exercise their civil liberties' en daardoor bereid blijven om de rechten en vrijheden van deze personen op te offeren als onderdeel van de 'strijd' tegen de veiligheidsbedreigende elementen.⁴²³ Tijdens de Tweede Wereldoorlog werden in diverse landen grote groepen burgers geïnterneerd op de verdenking niet-loyaal te zijn aan het land waar zij verbleven. Het betrof hier zowel 'enemy aliens' als 'nationals of foreign origin'. Bekend zijn vooral de wantoestanden die plaatsvonden bij de internering van Amerikanen van Japanse herkomst aan de westkust van de VS,⁴²⁴ maar de VS was niet het enige land waar dergelijke praktijken plaatsvonden:

423 Brennan 1988, p. 11.

424 Zie Joo 2002, p. 22-31, die m.n. stilstaat bij de zeer marginale toetsing die diverse Amerikaanse rechters aanlegden in zaken waarin betrokkenen protesteerden tegen hun internering. Illustratief zijn de zaken *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943) en *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944). In beide zaken legt het Supreme Court een zeer marginale toets aan m.b.t. het door de Amerikaanse autoriteiten gehanteerde onderscheid naar ras vanwege de noodzaak om in oorlogsomstandigheden met speed maatregelen te treffen ter voorkoming van spionage en ander gevaar.

'Whilst the case relating to the treatment of the American Japanese is particularly well-known since it concerned the internment of thousands of United States citizens, other examples can be found also in countries such as England, France and Canada, where internment measures were taken on a discriminatory basis in that regard was exclusively given to the "enemy origin" of the persons concerned, with no or little heed being paid either to the fact that the majority of the aliens concerned had fled their countries for reasons of persecution (England and France) or that they had in many cases even obtained the nationality of the interning country (Canada and the United States).'⁴²⁵

In de VS kregen veel van de meer dan 100.000 geïnterneerde personen met een Japanse achtergrond slechts enkele dagen de tijd om huis en haard te verlaten en hun eventuele bedrijf en andere persoonlijke eigendommen tegen dump-prijzen van de hand te doen. Vervolgens werden zij veelal jarenlang in kampen vastgehouden. Drie jaar na de evacuatie zaten nog ruim 70.000 personen vast, hoewel van velen van hen al vaststond dat zij geenszins disloyaal waren aan de VS.⁴²⁶ Pas in de jaren '80 kwam, na jaren van onderzoek, rapportage en advisering, in de VS wetgeving tot stand die de op dat moment nog levende voormalig geïnterneerden een schadevergoeding van ongeveer \$20.000 toekende.⁴²⁷ De regering-Reagan maakte aan alle slachtoffers en nabestaanden excuses voor de ongerechtvaardigde vrijheidsbeneming en verdere schade die gedurende de oorlogsjaren was berokkend.⁴²⁸

Ook na de Tweede Wereldoorlog is echter in diverse westerse landen gebleken dat in situaties waarin de nationale veiligheid op enigerlei wijze bedreigd wordt, personen met een buitenlandse etnische achtergrond, met

425 Svensson-McCarthy 1998, p. 670. Op p. 671-680 geeft zij een overzicht van de interneringsmaatregelen in de genoemde landen, met vele verwijzingen naar verdere literatuur hierover.

426 Svensson-McCarthy 1998, p. 680. Zij beschrijft hier ook een typische casus over de evacuatie en internering van mensen van Japanse afkomst: 'One story about a strawberry grower is particularly telling of the unreasonable hysteria surrounding the evacuation plans. The man concerned had asked for a few days adjournment of his evacuation so as to permit him to harvest his strawberry crop. The adjournment was denied and the farmer then bitterly plowed the berries under. The following day, the FBI charged him with an act of sabotage and put him in jail.'

427 Een speciale onderzoekscommissie ingesteld door het Amerikaanse Congress kwam tot de conclusie dat de maatregelen getroffen jegens Amerikanen van Japanse origine tijdens de Tweede Wereldoorlog niet gerechtvaardigd werden door een militaire noodzaak, maar slechts het gevolg waren van 'racial prejudice', 'war hysteria' en gebrekkig politiek leiderschap. Het rapport stelt o.m.: 'Widespread ignorance of Japanese Americans contributed to a policy conceived in haste and executed in an atmosphere of fear and anger at Japan. A grave injustice was done to American citizens and resident aliens of Japanese ancestry who, without individual review or any probative evidence against them, were excluded, removed and detained by the US during World War II.' (*Personal Justice Denied: Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians*, Washington 1982, p. 18; aangehaald door Oraá 1992, p. 177).

428 *Ibidem*.

name personen met een Aziatische of Arabische achtergrond,⁴²⁹ door de overheid menigmaal zonder goede gronden verondersteld worden disloyaal te zijn aan het land waar zij verblijven.⁴³⁰

In het kader van deze studie is relevant in hoeverre het beginsel van non-discriminatie ook in ernstige crisissituaties die het voortbestaan van het land bedreigen, gewaarborgd wordt. Het eerste lid van artikel 4 IVBPR stelt expliciet de eis dat noodmaatregelen die een afwijking van de verdragsverplichtingen inhouden geen discriminatie *uitsluitend* op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst inhouden. Hierbij vallen twee opmerkingen te maken. De tekst van artikel 4 impliceert namelijk dat (1) bij het treffen van noodmaatregelen discriminatie op andere gronden, zoals nationaliteit, *niet* is uitgesloten en (2) bij het treffen van noodmaatregelen eventueel wel onderscheid gemaakt mag worden dat *mede* gebaseerd is op de in het artikel genoemde gronden. In de tekst van artikel 15 EVRM komt de nondiscriminatie-eis niet voor (en wordt ook het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM niet genoemd bij de *notstandsfeste* rechten in het tweede lid).

Artikel 2, eerste lid, en 26 IVBPR kennen in vergelijking met artikel 4 een groter aantal verboden discriminatiegronden ('race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status'), terwijl de woorden 'such as' die in beide bepalingen voorafgaan aan de reeks discriminatiegronden duidelijk maken dat die reeks niet limitatief bedoeld is. Uit het feit dat deze woorden ontbreken in artikel 4 IVBPR moet worden afgeleid dat de kortere reeks discriminatiegronden in het eerste lid van dit artikel wél uitputtend bedoeld is.

Pas in een relatief laat stadium van de onderhandelingen over de tekst van het IVBPR werd de non-discriminatieclausule, naar aanleiding van een Brits voorstel, opgenomen in de opschortingsbepaling. Dit gebeurde nadat een discussie had plaatsgevonden over opname van het algemene discriminatieverbod uit het IVBPR (het huidige artikel 26) in de reeks van niet-opschortbare verdragsverplichtingen.⁴³¹ Opname van het algemene discriminatieverbod bij de niet-opschortbare verdragsverplichtingen strandde, onder meer omdat een meerderheid van de onderhandelaars van mening was dat 'enemy aliens

429 In dit verband is het bijv. opvallend dat tijdens de Tweede Wereldoorlog Japanse Amerikanen grootschalig werden geïnterneerd, terwijl dit met Duitse Amerikanen niet gebeurde. De militaire autoriteiten verklaarden dit o.m. door te stellen dat bij personen van Duitse afkomst veel makkelijker op individuele basis vast te stellen was of zij loyaal waren aan de VS, terwijl personen met een Aziatische achtergrond op dit punt veel moeilijker te peilen zouden zijn.

430 Zie Joo 2002, p. 1-47. Joo gaat vooral in op de praktijk en jurisprudentie in de VS en geeft voorbeelden van diverse onterechte spionage-verdenkingen tegen Aziaten in de jaren '90 en van zeer schrijnende gevallen bij de detentie van grote groepen (ruim 1100) personen met een Arabische achtergrond na 11 september 2001.

431 Oraá 1992, p. 173; Svensson-McCarthy 1998, p. 644-645. Het voorstel om art. 26 notstandsfest te verklaren kwam van de Libanese onderhandelingsdelegatie, VN Doc. E/CN.4/SR.195, p. 23.

in time of war cannot be treated equally as the citizens of the State'.⁴³² In 1952 kwam het Verenigd Koninkrijk met een amendement op de op dat moment circulerende tekst van de opschortingsbepaling, waarin werd aangegeven dat grondrechtenop-schortende noodmaatregelen geen discriminatie 'solely on the ground of race, colour, sex, language or religion' zouden mogen inhouden.⁴³³ In de toelichting bij het amendement werd opgemerkt dat het van essentieel belang zou kunnen zijn om in 'time of war or public emergency' onderscheid te maken 'on the ground of national status', maar dat van onderscheid op de in het amendement genoemde gronden ook in een crisissituatie geen sprake zou moeten zijn.⁴³⁴ Op voorstel van de Chileense delegatie werd aan de opgesomde discriminatiegronden nog 'social origin' toegevoegd.⁴³⁵ Met betrekking tot de term 'solely' in de clause merkte de Britse delegatie op dat dit begrip niet gemist kon worden aangezien 'it might easily happen that during an emergency a State would impose restrictions on a certain national group which at the same time happened to be a racial group'. In zo'n geval zou het woord 'solely' voorkomen dat deze groep zich erop zou beroepen dat 'it had been persecuted solely on racial grounds'.⁴³⁶

De beperkte strekking van het non-discriminatievereiste in artikel 4 IVBPR en de uitkomst van de discussie over het eventueel *notstands*fest verklaren van het algemene discriminatieverbod zoals neergelegd in artikel 2, eerste lid, en artikel 26 IVBPR doet Svensson-McCarthy concluderen dat '[a]t the end of the 1940s, and in the beginning of the 1950's, public opinion had probably not yet seized the full scope of the injustice committed in several countries during the Second World War' en dat diverse staten 'wanted to preserve some room for imposing, when the emergency arises, special measures on people in particular because of their birth or national origin'.⁴³⁷

Het feit dat in artikel 15 EVRM geen non-discriminatievereiste voorkomt valt te verklaren uit het feit dat dit artikel, zoals reeds in § 6.3 *supra* aan de orde kwam, helemaal geënt is op de concept-op-schortingsbepaling van het IVBPR zoals die ten tijde van het opstellen van het EVRM voorlag. Aangezien de tekst van het EVRM op 4 november 1950 reeds zijn beslag kreeg en op dat moment in de IVBPR-op-schortingsbepaling nog niet voorzien was in een non-discriminatievereiste en daarover zelfs nog geen discussie had plaatsgevonden, is het niet heel vreemd dat dit vereiste in artikel 15 EVRM ontbreekt.⁴³⁸

De relevantie van het feit dat in artikel 15 EVRM het non-discriminatievereiste niet is opgenomen is in mijn ogen ook niet heel groot. Immers, dit artikel bevat wel de eis dat de grondrechtenop-schortende noodmaatregelen niet

432 VN Doc. E/CN.4/SR.196, p. 4-5.

433 VN Doc. E/CN.4/L.139.

434 VN Doc. E/CN.4/SR.330, p. 4.

435 *Ibidem*.

436 *Idem*, p. 10.

437 Svensson-McCarthy 1998, p. 646.

438 Oraá 1992, p. 171; Svensson-McCarthy 1998, p. 660.

mogen afwijken van de 'other obligations under international law'. Staten die naast het EVRM ook partij zijn bij het IVBPR zijn derhalve ook uit hoofde van artikel 15 EVRM gebonden aan de nondiscriminatie-eis zoals opgenomen in artikel 4, eerste lid, IVBPR. Daarnaast kan worden opgemerkt dat bijvoorbeeld ook gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies de verplichting bevat om de door deze Conventies beschermde personen in geval van een gewapend conflict humanair te behandelen 'without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria'. Als daarbij wordt opgeteld dat het discriminatieverbod van gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies veelal als een verplichting *erga omnes* of zelfs als een regel van *ius cogens*, ook geldend buiten gewapende conflicten, wordt gezien, is duidelijk dat ook staten die geen partij zijn bij het IVBPR toch gedurende 'public emergencies' op allerlei wijzen gebonden zijn aan bepalingen die discriminatie op bepaalde gronden verbieden.⁴³⁹

8.5.2 Jurisprudentie

Zowel in het kader van de bespreking van statenrapportages als in het kader van de behandeling van individuele klachten heeft het VN-Mensenrechtencomité nog nimmer concrete concluderende uitspraken gedaan over het non-discriminatievereiste zoals opgenomen in artikel 4, eerste lid, IVBPR. In het eerste *General Comment* over artikel 4 IVBPR, *General Comment No. 5* uit 1980, werd slechts de zeer globale en terloopse opmerking gemaakt dat het eerste lid van dit artikel in de weg staat aan het nemen van 'discriminatory measures on a number of grounds'.⁴⁴⁰ Bij de bespreking van diverse statenrapportages werden alleen vragen gesteld over het potentieel discriminatoire karakter van wetgeving die voorzag in speciale bevoegdheden voor nood- of oorlogssituaties.⁴⁴¹

In *General Comment No. 29* uit 2001 besteedt het Mensenrechtencomité wat meer woorden aan het non-discriminatievereiste van artikel 4. Over de verhouding van dit vereiste – en van artikel 4 in zijn geheel – tot de overige in het IVBPR opgenomen discriminatieverboden schept dit *General Comment* echter ook nog geen volledige duidelijkheid:

'According to article 4, paragraph 1, one of the conditions for the justifiability of any derogation from the Covenant is that the measures taken do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social

439 In dit verband zij erop gewezen dat bijv. ook het verbod van rassendiscriminatie zoals gedefinieerd in art. 1 IVRD doorgaans als een norm van *ius cogens* wordt beschouwd. Zie o.m. Seiderman 2001, hoofdstuk III, § 2.

440 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 5*, opgenomen in VN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 (12 mei 2003), p. 127.

441 Svensson-McCarthy 1998, p. 649, geeft hiervan enkele voorbeelden.

origin. Even though article 26 or the other Covenant provisions related to non-discrimination (articles 2, 3, 14, paragraph 1, 23, paragraph 4, 24, paragraph 1, and 25) have not been listed among the non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, there are elements or dimensions of the right to non-discrimination that cannot be derogated from in any circumstances. In particular, this provision of article 4, paragraph 1, must be complied with if any distinctions between persons are made when resorting to measures that derogate from the Covenant.⁴⁴²

Het Comité maakt duidelijk dat bepaalde onderdelen van het algemene discriminatieverbod zoals dat in diverse IVBPR-artikelen is verwoord vanwege artikel 4, eerste lid, een niet-opschortbare status krijgen, maar dat is in zekere zin een schot voor open doel. Dit vloeit voort uit de tekst van artikel 4: ook tijdens een ‘public emergency’ is discriminatie op de in artikel 4 genoemde gronden verboden en de consequentie daarvan is derhalve dat het verbod van discriminatie voorzover dat betrekking heeft op de in artikel 4 genoemde gronden niet-opschortbaar is. Interessanter is echter de vraag in hoeverre onderscheid op andere dan de in artikel 4 genoemde gronden tijdens een ‘public emergency’ wél is toegestaan en daar gaat het Comité niet echt op in.

Bij gebrek aan specifieke jurisprudentie over het non-discriminatievereiste uit artikel 4 IVBPR mag worden aangenomen dat bij de interpretatie van dit vereiste dezelfde maatstaven zouden moeten worden aangelegd als bij de interpretatie van de andere in het IVBPR opgenomen discriminatieverboden, met name artikel 26. Kernpunt bij de toetsing aan dit artikel is dat niet elk onderscheid is verboden. Onderscheid dat redelijk en objectief gerechtvaardigd is, levert geen verboden discriminatie op in de zin van artikel 26. Een dergelijke rechtvaardiging wordt aanwezig geacht indien het gemaakte onderscheid een legitiem doel nastreeft en bovendien in een redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel.⁴⁴³

Toepassing van deze maatstaf op het non-discriminatievereiste van artikel 4 IVBPR brengt met zich dat onderscheid dat gemaakt wordt op een van de in het eerste lid van dit artikel genoemde (verboden) gronden desalniettemin gerechtvaardigd kan zijn indien aan dit onderscheid ook andere legitieme, redelijke en objectieve, criteria ten grondslag liggen en het onderscheid gemaakt wordt in het kader van maatregelen die gericht zijn op de bescherming van de democratische constitutionele (staats)ordering. Doorgaans wordt in dit verband opgemerkt dat:

‘[m]easures of derogation which are directly aimed at suppressing the mischief but indirectly or incidentally affect, say a racial or religious or linguistic minority group, would not be prohibited. (...) [W]ithin the scope of a derogation clause, the measures strictly required by the situation might involve action directed against

442 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 29*, § 8.

443 Zie o.m. VN-Mensenrechtencomité 9 april 1987, comm.no. 172/84 (Broeks/Netherlands), VN Doc. CCPR/C/29/D/172/84.

or specially affecting a particular racial or religious group, for example, for the purpose of quelling a riot. Such a measure (...) would not discriminate 'solely' on the ground of race or religion since it might be strictly required by the situation.⁴⁴⁴

Aan de opname van de term 'solely' in het non-discriminatievereiste van artikel 4, eerste lid, moet echter niet de consequentie worden verbonden dat discriminatie op andere dan de in artikel 4 genoemde gronden zonder meer is toegestaan. Ook indien ten tijde van een 'public emergency' in de zin van artikel 4 onderscheid gemaakt wordt op andere gronden dan genoemd in dit artikel, geldt de regel dat aan dit onderscheid redelijke en objectieve maatstaven ten grondslag dienen te liggen. Van onderscheid dat niet gebaseerd is op dergelijke redelijke en objectieve maatstaven mag namelijk niet worden verwacht dat het voldoet aan de eveneens in artikel 4 IVBPR opgenomen eis dat de grondrechtenopschortende noodmaatregelen niet verder gaan dan 'strictly required by the exigencies of the situation'.⁴⁴⁵ Noodmaatregelen die discrimineren op onredelijke en niet-objectieve gronden zullen als disproportioneel en dus als ongerechtvaardigd worden beschouwd.⁴⁴⁶

Het VN-Mensenrechtencomité gaat in zijn commentaar op statenrapportages na 11 september 2001, waarin menigmaal aandacht is voor door de betreffende staat getroffen maatregelen tegen terrorisme, regelmatig in op de verhouding tussen die maatregelen en het discriminatieverbod. Daarbij ligt het accent dikwijls op de positieve verplichtingen voortvloeiend uit het discriminatieverbod, die vergen dat de verdragsstaten stereotypering van bepaalde bevolkingsgroepen tegengaan. Illustratief zijn de *Concluding Observations* uit 2004 met betrekking tot Duitsland:

'While it takes note of the firm stance of Germany in favour of respect for human rights within the framework of the anti-terrorism measures it adopted subsequent to the events of 11 September 2001, the Committee expresses its concern regarding the effect of those measures on the situation of human rights in Germany, in particular for certain persons of foreign extraction, because of an atmosphere of latent suspicion towards them (arts. 17, 19, 22 and 26).

444 Chowdhury 1989, p. 124-125. In dezelfde zin: Questiaux 1982, § 65-66; Hartman 1985, p. 118, Oraá 1992, p. 174-175.

445 Oraá 1992, p. 176-177.

446 In de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité is een dergelijke redenering nergens letterlijk aan te treffen. Zij is wel terug te vinden in de hieronder te bespreken EVRM-jurisprudentie en bijvoorbeeld in het oordeel in hoger beroep van het Britse House of Lords d.d. 16 december 2004 over enkele aspecten van de Britse antiterrorismewetgeving die werd ingevoerd na 11 september 2001. Opinions of the Lords of Appeal for judgment in the cause *A and others v. Secretary of State for the Home Department & X and another v. Secretary of State for the Home Department*, 16 december 2004, [2004] UKHL 56. Zie nader § 10.2.4 *infra*.

(a) The State party should ensure that anti-terrorism measures are in full conformity with the Covenant. The State party is requested to ensure that the concern over terrorism is not a source of abuse, in particular for persons of foreign extraction, including asylum-seekers.

(b) The State party is also requested to undertake an educational campaign through the media to protect persons of foreign extraction, in particular Arabs and Muslims, from stereotypes associating them with terrorism, extremism and fanaticism.⁴⁴⁷

Dat het Mensenrechtencomité zo specifiek ingaat op dergelijk aspecten vloeit onder meer voort uit het feit dat dit Comité sinds juli 2002 – uit eigen beweging – bij de bespreking van de ex artikel 40 IVBPR ingeleverde statenrapporten ook steeds de door de betreffende verdragsstaat ingediende rapporten aan het *Counter-Terrorism Committee* van de VN heeft betrokken.⁴⁴⁸ Sindsdien is een standaardvraag die bij de bespreking van de IVBPR-statenrapporten aan de verdragsstaat wordt voorgelegd de vraag hoe de antiterrorismemaatregelen ter uitvoering van Resolutie 1373 zich verhouden tot de verplichtingen onder het IVBPR.⁴⁴⁹ Ook het VN-Comité tegen Rassendiscriminatie heeft aangegeven antiterrorismemaatregelen van de bij het Rassendiscriminatieverdrag aangesloten verdragspartijen aan een indringend toezicht vanuit het perspectief van het verbod van rassendiscriminatie te zullen onderwerpen. In maart 2002 bracht het Comité een stevig geformuleerde verklaring uit, naar aanleiding van de van diverse zijden geuite zorg over het respect voor het discriminatieverbod bij het treffen van maatregelen in de strijd tegen het internationaal terrorisme. Hierin geeft het Comité aan het verbod van rassendiscriminatie de voor dit Comité gebruikelijke ruime interpretatie. Het Comité:

‘4. Recalls that the prohibition of racial discrimination is a peremptory norm of international law from which no derogation is permitted;

5. Demands that States and international organizations ensure that measures taken in the struggle against terrorism do not discriminate in purpose or effect on grounds of *race, colour, descent, or national or ethnic origin* [cursivering JPL]

6. Insists that the principle of non-discrimination must be observed in all matters, in particular in those concerning liberty, security and dignity of the person, equality before the courts and the due process of law, as well as international cooperation in judicial and police matters in these fields;

447 VN Doc. CCPR/CO/80/DEU (2004), § 20. Zie voor een vrijwel gelijklopende passage ook VN Doc. CCPR/CO/74/SWE (2002), § 12.

448 Op grond van Resolutie 1373 (2001) van de VN-Veilighedsraad moeten de VN-Lidstaten aan het CTC rapporteren over de maatregelen die zij treffen om het internationaal terrorisme te bestrijden.

449 Deze praktijk van het Mensenrechtencomité werd uiteengezet door Comitélid Scheinin tijdens een conferentie georganiseerd door de ICJ over ‘Human Rights and Counter-Terrorism’ in oktober 2003. De praktijk werd het eerst toegepast bij de bespreking van het statenrapport van Nieuw Zeeland in 2002, zie VN Doc. CCPR/C/SR.2016.

7. Intends, in this context, to monitor, in accordance with the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the potentially discriminatory effects of legislation and practices in the framework of the fight against terrorism.⁴⁵⁰

In de *Concluding Observations* van het Comité tegen Rassendiscriminatie naar aanleiding van statenrapportages in de laatste paar jaren is inderdaad regelmatig aandacht voor de mogelijk discriminatoire effecten van bepaalde anti-terrorisemaatregelen, met name maatregelen in de sfeer van de vreemdelingenwetgeving. Het Comité dringt in veel gevallen aan op heroverweging van de betreffende maatregelen.⁴⁵¹

Zoals reeds opgemerkt bevat de opschortingsbepaling in het EVRM, artikel 15, geen non-discrimatievereiste. Wel bevat het EVRM in artikel 14 een algemeen discriminatieverbod, zij het dat dit artikel alleen beschermt tegen discriminatie met betrekking tot de rechten zoals die door het EVRM worden gegarandeerd. Dit neemt echter niet weg dat artikel 14 in de ogen van de Straatsburgse organen reeds geschonden kan worden als een bepaalde maatregel ongerechtvaardigd onderscheid maakt zonder dat een ander artikel van het EVRM of de daarbij behorende Protocolen is geschonden, een relatie met die artikelen is reeds voldoende.⁴⁵² Met de ophanden zijnde inwerkingtreding van het Twaalfde Protocol bij het EVRM, waarin een geheel zelfstandig discriminatieverbod (vergelijkbaar met artikel 26 IVBPR), wordt gecreëerd, zal de genuanceerde 'onzelfstandigheid' van het discriminatieverbod in het EVRM echter verleden tijd worden. Artikel 14 EVRM (en ook het Twaalfde Protocol) bevat dezelfde discriminatiegronden als artikel 26 IVBPR en voegt daar nog de grond 'association with a national minority' aan toe. Evenals in artikel 26 IVBPR is de reeks genoemde discriminatiegronden in artikel 14 EVRM niet limitatief bedoeld, hetgeen reeds blijkt uit het feit dat de reeks discriminatiegronden in artikel 14 wordt voorafgegaan door de woorden 'any such ground as'.

De formulering van artikel 14 EVRM, '[t]he enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination ...', lijkt rechtstreeks te impliceren dat de verdragsstaten ook bij het opschorten van bepaalde EVRM-rechten aan dit algemene discriminatiegebod

450 VN Doc. A/57/18, Ch. XI(C) (1 november 2002), § 3.

451 Zie o.m. de *Concluding Observations* over Zweden, VN Doc. CERD/C/64/CO/8 (2004), § 12: The Committee takes note of the Special Control of Foreigners Act, which allows the Government to expel a foreigner if this is deemed necessary to the security of Sweden or if there are reasons to suspect that he or she will commit or participate in crimes involving violence, threats or coercion for political purposes, without the possibility of appealing against such decisions. While acknowledging the State party's national security concerns, the Committee reminds the State party of the need to balance those concerns with its human rights obligations. (...) The Committee invites the State party to reconsider the Act to the extent that it provides for the possibility of expulsion without a right of appeal, and to provide additional information on this issue in its next periodic report.

452 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 716-718.

gebonden zijn. Immers, ook bij opschorting is 'the enjoyment' van de EVRM-rechten aan de orde. Deze kwestie kwam aan de orde in de zaak *Ireland/United Kingdom*. De Ierse regering stelde zich in deze zaak namelijk op het standpunt dat de Britse noodmaatregelen die een opschorting inhielden van verplichtingen onder artikel 5 en 6 EVRM (vrijheidsbeneming zonder enige vorm van rechterlijke controle) op een discriminatoire wijze werden toegepast: 'the exercise by the respondent Government of their powers to detain and intern persons was carried out with discrimination and this constituted a breach of article 14'.⁴⁵³ Meer in het bijzonder beschuldigde de Ierse regering de Britten ervan de diverse terroristische organisaties die in Noord-Ierland opereerden, op heel verschillende manieren te bestrijden. Ten aanzien van katholieke IRA-verdachten werd doorgaans langdurige administratieve detentie of internering toegepast, terwijl dit ten aanzien van leden van de protestantse, unionistische, terroristische organisaties veel minder vaak gebeurde (verdachten uit deze hoek werden in bijna alle gevallen gewoon aan een rechter voorgeleid). De Ierse regering meende dat voor dit verschil in behandeling geen 'objective and reasonable justification' aanwezig was.

Uiteindelijk kwamen zowel de ECieRM als het EHRM tot de conclusie dat het gemaakte onderscheid wel gerechtvaardigd was. Het Hof meende dat er drie goede redenen waren om het onderscheid tussen de behandeling van IRA-verdachten en die van verdachten van unionistische terroristische organisaties te rechtvaardigen. In de eerste plaats was sinds 1970 de omvang van het unionistische terrorisme veel geringer dan die van de IRA. In de tweede plaats was de IRA een veel beter gestructureerde organisatie die een veel groter gevaar vormde dan de unionistische terreurorganisaties. Gewelddadige acties van deze laatste organisaties kwamen slechts zeer sporadisch voor. Ten derde was het in het algemeen eenvoudiger om strafrechtelijke vervolging in te stellen tegen unionistische terreurverdachten dan tegen IRA-verdachten. Unionistische terreurverdachten werden frequent voorgeleid aan de rechter en dit maakte duidelijk dat jegens deze verdachten weliswaar geen administratieve detentie werd toegepast, maar dat de overheid wel degelijk ook tegen deze groeperingen optrad. Ten aanzien van de unionistische terreurgroepen goldt geen straffeloosheid. Hoewel het Hof moest toegeven dat in de periode van 30 maart 1972 (de inwerkingtreding van het directe Britse bestuur over Noord-Ierland) tot 4 februari 1974 de zaak een stuk gecompliceerder lag, omdat in die periode het unionistische terrorisme explosief toenam, oordeelde het – mede vanuit het perspectief van zijn 'limited powers of review' – dat ook in die periode het gemaakte onderscheid bij de toepassing van administratieve detentie nog kon worden gerechtvaardigd. Het doel van het onderscheid, te weten het als eerste elimineren van de meest gevreesde terreurorganisatie, werd als legitiem

453 ECieRM 25 januari 1976 (rapport), appl.no. 5310/71 (Ireland/UK), *Series B* vol. 23-I, p. 28.

beschouwd en het gehanteerde middel als proportioneel.⁴⁵⁴ Derhalve was geen sprake van met artikel 14 EVRM strijdige discriminatie.⁴⁵⁵

Niettegenstaande de uiteindelijke uitkomst van de toetsing, waarop de nodige kritiek mogelijk is,⁴⁵⁶ maakt de beoordeling door ECieRM en EHRM in deze zaak duidelijk dat zij in beginsel bereid zijn te accepteren dat noodmaatregelen die een opschorting van bepaalde EVRM-rechten inhouden, ook al zouden deze maatregelen zijn ingegeven door een noodsituatie zoals bedoeld in artikel 15 EVRM, op discriminatoire wijze toegepast kunnen worden en dus strijdig zouden kunnen zijn met artikel 14 EVRM. Oraá concludeert: 'This (...) seems to imply that the general prohibition of discrimination of article 14 will have a similar effect in cases of derogation to that of the particular non-discrimination principle of the derogation clause of the Covenant'.⁴⁵⁷

Een vervolgvraag die dan echter nog gesteld kan worden, is of de verplichtingen onder artikel 14 eventueel kunnen worden opgeschort met een beroep op artikel 15 EVRM, nu artikel 14 niet opgenomen is in de reeks *notstandfeste* rechten opgesomd in het tweede lid van artikel 15. In de zaak *Ireland/United Kingdom* werd noch door de Commissie noch door het Hof expliciet ingegaan op deze vraag. Dat was ook niet nodig nu beide instanties van oordeel waren dat geen sprake was van een discriminatoire toepassing van de administratieve detentie.⁴⁵⁸ Desalniettemin kan uit de zaak *Ireland/United Kingdom* afgeleid worden dat opschorting van de verplichtingen onder artikel 14 eigenlijk alleen in theorie mogelijk is. De toetsing door de Straatsburgse organen aan artikel 14 EVRM geschiedt namelijk op vrijwel identieke wijze als de hierboven reeds besproken toetsing aan artikel 26 IVBPR. Van discriminatie is sprake indien (a) de feiten van de betreffende casus aantonen dat er onderscheid gemaakt is, (b) dit onderscheid niet objectief en redelijk gerechtvaardigd is, dat wil zeggen: het onderscheid dient geen legitiem doel of staat niet in een redelijke verhouding tot het gediende doel. Ook in de zaak *Ireland/United Kingdom* pasten ECieRM en EHRM deze toets toe. Nu zal in geval van een 'public emerg-

454 EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ireland/UK), § 228-230.

455 *Idem*, § 232 en 242. De ECieRM voerde in haar rapport nog enkele aanvullende redenen voor deze zelfde conclusie aan, zie ECieRM 25 januari 1976 (rapport), appl.no. 5310/71 (Ireland/UK), *Series B* vol. 23-I, p. 173-241.

456 Met name op het punt of het verschil in behandeling tussen republikeinse en unionistische terreurgroepen in de periode dat ook van de laatste zijde veelvuldig geweld werd toegepast nu inderdaad wel te rechtvaardigen was. Zie de dissidentie opinie van rechter Matscher bij het arrest en verder Chowdhury 1989, p. 126-127 en Svensson-McCarthy 1998, p. 666-668.

457 Oraá 1992, p. 178. Zo ook Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 743.

458 ECieRM-lid Triantafyllides gaf in zijn separate opinion bij het Commissierapport aan het niet eens te zijn met de meerderheidsopvatting binnen de Commissie dat het Britse optreden niet discriminerend was. Desalniettemin achtte hij het Britse optreden proportioneel en gerechtvaardigd onder het opschortingsrecht van artikel 15 EVRM (ECieRM 25 januari 1976 (rapport), appl.no. 5310/71 (Ireland/UK), *Series B* Vol. 23-I, p. 498). Hij ging er daarbij aan voorbij dat het VK, blijkens zijn notificatie, zijn verplichtingen onder artikel 14 niet had opgeschort.

ency' in de zin van artikel 15 EVRM het doel van een grondrechtenopschortende maatregel noodzakelijkerwijs gelegen moeten zijn in het bestrijden van de noodsituatie en het herstel van de normale (openbare) orde en bovendien op grond van het in artikel 15 opgenomen proportionaliteitsvereiste de redelijke verhouding tussen de getroffen noodmaatregelen en het daardoor nagestreefde doel strikt in het oog moeten worden gehouden. Het is derhalve niet of nauwelijks voorstelbaar dat het EHRM *wel* tot de conclusie zou komen dat sprake is van een door artikel 14 EVRM verboden discriminatie – het gemaakte onderscheid moet dan immers niet gericht zijn op een legitiem doel, niet op redelijke gronden geschieden of niet in een redelijke verhouding staan tot het nagestreefde doel – maar *niet* tot de conclusie dat het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel van artikel 15 EVRM geschonden zijn. Praktisch gezien betekent dit naar mijn oordeel dat het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM niet-opschortbaar is.

In de meer recente EHRM-jurisprudentie met betrekking tot artikel 15 EVRM komen een vragen met betrekking tot eventuele discriminatie bij het treffen van de ter discussie staande grondrechtenopschortende noodmaatregelen aan de orde. Het Hof heeft derhalve zelf nog geen nader licht op deze kwestie geworpen. Wél is in de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* van de Raad van Europa uit juli 2002 aandacht voor het discriminatieverbod. Artikel II van de *guidelines* maakt duidelijk dat overheidsoptreden ter bestrijding van terrorisme niet willekeurig mag zijn: 'All measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision.' Hoewel niet alle overheidsoptreden in de strijd tegen terrorisme gepaard gaat met grondrechtenopschortende noodmaatregelen en artikel II van de *guidelines* dus niet specifiek gericht is op terrorismebestrijding gedurende een 'public emergency' in de zin van artikel 15 EVRM, wordt in dit artikel een norm geformuleerd die geldt voor alle maatregelen in de strijd tegen terrorisme. Nergens uit de *guidelines* blijkt dat deze norm niet meer zou gelden tijdens een 'public emergency'.⁴⁵⁹

8.5.3 Conclusies

De geschiedenis geeft vele voorbeelden te zien van het treffen van grondrechtenopschortende noodmaatregelen, met name in de sfeer van internering op last van de militaire autoriteiten zonder enige vorm van rechterlijke controle, vanwege een vermeend gebrek aan loyaliteit van bepaalde allochtone bevolkingsgroepen of andere minderheden ten opzichte van hun verblijfstaat. Het

⁴⁵⁹ Art. XV van de *Guidelines* gaat wel in op 'situations of war or public emergency' en de mogelijkheden tot opschorting van bepaalde grondrechten.

onderscheid dat in deze gevallen gemaakt werd op basis van nationaliteit of etnische afkomst is veelal achteraf als ongerechtvaardigd aangemerkt. Dit illustreert het belang van het non-discriminatiebeginsel bij het treffen van grondrechtenopschortende maatregelen.

Het non-discriminatiebeginsel is opgenomen in artikel 4 IVBPR (en artikel 27 AVRМ), maar niet in artikel 15 EVRM. Het feit dat dit vereiste niet genoemd wordt in de tekst van de Europese opschortingsbepaling heeft echter geen grote consequenties. Dit is enerzijds zo omdat het verbod van discriminatie op bepaalde gronden via de clausule dat het grondrechtenopschortende optreden niet in strijd mag komen met de andere internationale verplichtingen van de verdragsstaat alsnog binnen het afwegingskader van artikel 15 wordt getrokken (onder meer omdat het discriminatieverbod zoals dit bijvoorbeeld is gecodificeerd in gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies wordt beschouwd als méér dan alleen een verdragsnorm, namelijk als een verplichting *erga omnes* of zelfs een regel van *ius cogens*). Anderzijds is dit het geval omdat uit de jurisprudentie van de Straatsburgse organen (in het bijzonder de zaak *Ireland/United Kingdom* kan worden afgeleid dat het algemene discriminatieverbod van artikel 14 EVRM ook van toepassing is op de opschorting van EVRM-rechten.

Hoewel het gebruik van het woord 'solely' in het non-discriminatievereiste in artikel 4 IVBPR en in artikel 27 AVRМ lijkt te impliceren dat bij het opschorten van bepaalde grondrechten discriminatie op andere gronden dan genoemd in deze beide opschortingsbepalingen zonder meer is toegestaan, is dit geenszins het geval. Van discriminatie is pas sprake indien er ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt, indien het onderscheid niet op objectieve gronden rust en in een redelijke verhouding staat tot het met het onderscheid te dienen doel. Ook het maken van onderscheid (mede) op een andere grond dan de in de opschortingsbepalingen genoemde mag slechts toegestaan worden geacht indien dit gebeurt op een objectieve en redelijke basis; zo niet, dan zal dit onderscheid als disproportioneel worden aangemerkt.

Het non-discriminatiebeginsel heeft tot dusverre niet een heel grote rol gespeeld in de jurisprudentie over de opschortingsbepalingen. Wat opvalt is dat het VN-Mensenrechtencomité bij de bespreking van statenrapportages sinds medio 2002 vooral regelmatig wijst op de positieve verplichtingen die staten op grond van het discriminatieverbod hebben om de stereotypering van Arabieren en moslims als extremisten en terroristen en de daaruit voortvloeiende ongelijke behandeling tegen te gaan.

8.6 GEEN STRIJD MET ANDERE VERPLICHTINGEN DIE VOORTVLOEIEN UIT HET INTERNATIONALE RECHT

8.6.1 Introductie; de betekenis van 'andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht'

In het eerste lid van zowel artikel 4 IVBPR als artikel 15 EVRM is de voorwaarde opgenomen dat door een partijstaat getroffen noodmaatregelen die afwijken van de verplichtingen onder beide verdragen niet in strijd mogen zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht. Ook in artikel 27 AVRVM is deze voorwaarde opgenomen. Oráa duidt deze voorwaarde aan als 'the principle of consistency'.⁴⁶⁰

Bij de totstandkoming van het EVRM is er geen enkele discussie geweest over het opnemen van deze voorwaarde in artikel 15. De voorwaarde was reeds voorzien in het Britse voorstel voor een opschortingsbepaling (zie § 6.3.2 *supra*). In de eerste ontwerp teksten voor artikel 4 IVBPR kwam een dergelijke voorwaarde niet voor, maar in mei 1950 suggereerde de Amerikaanse onderhandelingsdelegatie het opnemen van deze voorwaarde om op die manier bijvoorbeeld ook gebruik te kunnen maken van de regels die beperkingen opleggen aan het handelen van staten in tijden van oorlog, zoals die kort daarvoor na uitvoerige internationale discussie en onderhandelingen tot stand waren gebracht in de Geneefse Conventies van 1949.⁴⁶¹ Het was nadrukkelijk de bedoeling van de Amerikaanse initiatiefnemers om regels van oorlogsrecht en humanitair recht te betrekken bij de beoordeling van de vraag welke maatregelen acceptabel zijn onder het regime van de opschortingsbepaling.⁴⁶² Overigens zij daarbij opgemerkt dat de oorspronkelijke bedoeling van de Amerikanen was om de eis dat een opschorting van de verdragsverplichtingen niet in strijd zou mogen komen met de overige internationaal-rechtelijke verplichtingen van de betreffende staat in de plaats te laten komen van de voorgestelde catalogus van *notstandsfeste* rechten in het tweede lid van artikel 4.⁴⁶³ Het Amerikaanse voorstel om de verwijzing naar andere internationale verplichtingen op te nemen kreeg de steun van diverse andere staten, zij het dat de meeste van die staten het voorstel niet zagen als een vervanging van, maar als een aanvulling op de catalogus van *notstandsfeste* rechten.⁴⁶⁴

Behalve de indicatie gegeven door de Amerikaanse delegatie bij indiening van het voorstel tot opname van deze eis in de opschortingsbepaling uit het IVBPR, kan uit de totstandkomingssgeschiedenis weinig worden afgeleid over

460 Oráa 1992, p. 191.

461 Oráa 1992, p. 191 en Svensson-McCarthy 1998, p. 625. Beide onder verwijzing naar VN Doc. E/CN.4/SR.195 (29 mei 1950), § 45.

462 De uiteindelijke opname van deze voorwaarde in artikel 4 IVBPR beïnvloedde vervolgens weer de tekst van art. 27 AVRVM. Zie Oráa 1992, p. 192-193.

463 Svensson-McCarthy 1998, p. 625.

464 *Idem*, p. 625-626.

de exacte betekenis van deze eis of van wat er nu precies moet worden verstaan onder die overige internationale verplichtingen. De Joegoslavische delegatie stelde voor om ter verduidelijking daarvan een verwijzing op te nemen naar de beginselen van het VN-Handvest en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Dit voorstel werd echter uiteindelijk om diverse redenen afgewezen binnen de VN-Commissie voor de Rechten van de Mens.⁴⁶⁵

Hoewel er in de literatuur wel enige discussie is over de exacte reikwijdte van de 'andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht',⁴⁶⁶ wordt door vrijwel alle auteurs in de eerste plaats gedacht aan verplichtingen voortvloeiend uit andere mensenrechtenverdragen (in lijn met onder meer artikel 53 EVRM en artikel 5, tweede lid, IVBPR). Bij deze mensenrechtenverdragen moet dan vooral worden gedacht aan andere algemene mensenrechtenverdragen. Dit kan relevant zijn in verband met het feit dat artikel 4 IVBPR een ruimere lijst van *notstandsfeste* rechten bevat dan artikel 15 EVRM.⁴⁶⁷ Niet alleen de verdragen met betrekking tot de vrijheidsrechten, maar ook die ten aanzien van de economische en sociale rechten (ESH, IVESCR) zijn van belang. Verder zijn relevante verdragen uit de sfeer van de mensenrechten: het Internationaal verdrag ter voorkoming en betrafing van genocide uit 1948, het Internationaal verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie uit 1965, het Internationaal verdrag ter bestrijding en bestraffing van het misdrijf van apartheid, het Internationaal verdrag tegen foltering en de zogenaamde 'basic human rights conventions' van de ILO (ILO-verdragen No. 11, 87, 98, 136, 141 en 151 over de vrijheid van vereniging; ILO-verdragen No. 29 en 105 over het verbod van dwangarbeid en ILO-verdragen No. 100, 111 en 156 over gelijke kansen bij de arbeid en gelijke behandeling). Deze ILO-verdragen bevatten op bepaalde punten niet-opschortbare verdragsverplichtingen, zodat staten die partij zijn bij deze verdragen gebonden zijn aan een ruimere groep niet-opschortbare mensenrechten dan de niet-opschortbare rechten genoemd in het tweede lid van artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR.⁴⁶⁸ Daarnaast wordt in dit verband verwezen naar het VN-Handvest (onder meer vanwege het in artikel 2, vierde lid, van dit Handvest opgenomen agressieverbod),⁴⁶⁹ het Vluchtelingenverdrag uit 1951 en andere internationale instrumenten inzake de voorkoming van staatloosheid en het recht op asiel uit 1967

465 *Idem*, p. 627.

466 Ergec 1987, p. 215-216, beperkt de reikwijdte van deze andere verplichtingen voortvloeiend uit het internationale recht tot het terrein van de mensenrechten en het humanitaire recht, maar vat daar niet het volledige oorlogsrecht onder. Svensson-McCarthy 1998, p. 633, is het daar niet mee eens.

467 En art. 27 lid 2 AVRVM weer een ruimere lijst dan art. 4 lid 2 IVBPR.

468 Hartman 1985, p. 119.

469 Hoewel, zoals hierboven aangegeven, bij de totstandkoming van het IVBPR een verwijzing naar het VN-Handvest in de tekst van art. 4 IVBPR werd afgewezen, is het zeker niet zo dat dit Handvest in het geheel niet relevant is als het gaat om de 'andere verplichtingen voortvloeiend uit het internationale recht'.

en meer in het algemeen naar de verplichtingen voortvloeiend uit het oorlogsrecht, het internationale humanitaire recht (onder meer de Geneefse Conventies uit 1949 en de daarbij behorende Protocollen uit 1977), het volkenrechtelijk gewoonterecht en – uiteraard – normen van *ius cogens*.

Een en ander betekent dat deze voorwaarde een forse uitbreiding vormt van het toetsingskader voor het EHRM, VN-Mensenrechtencomité en IAHRM: ook verplichtingen die verdragstaten zijn aangegaan buiten de drie algemene mensenrechtenverdragen om kunnen een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of hun optreden in overeenstemming is met de opschortingsbepalingen. Daarbij moet echter in het oog worden gehouden dat deze uitbreiding van het toetsingskader beperkt is tot die gevallen die beoordeeld moeten worden onder de opschortingsbepalingen en dus niet algemeen geldt:

[T]his principle of consistency obviously has a limited applicability, and it cannot be applied in order to implement through the machinery of the three treaties all the other human rights obligations that the State has undertaken. The condition *since qua non* [sic – JPL] for the application of the principle is precisely that there must be a derogation from the State's obligations under one of the three human rights treaties under consideration. Therefore, there is an important limitation *ratione materiae* upon the application of the principle: those other international obligations that have arisen from treaties or from general international law, and which contain obligations not covered by the three treaties, cannot be implemented by the machinery of implementation of the latter treaties.⁴⁷⁰

Inderdaad is het niet heel voor de hand liggend dat een bepaalde noodmaatregel die een opschorting van bepaalde grondrechten inhoudt een inbreuk zou kunnen betekenen op bepaalde internationaalrechtelijke normen op een heel ander terrein dan de terreinen bestreken door de bovenstaande verdragen en andere rechtsbronnen, maar helemaal uitgesloten is het ook niet. Wat te denken van de beslissing om een bepaalde bevolkingsgroep te dwingen te verhuizen vanuit hun natuurlijke en historische leefgebied, om zo dit gebied te ontruimen en gereed te maken voor de bouw van bepaalde verdedigingswerken?⁴⁷¹ Indien het zou gaan om een gebied waar op een natuurlijke en traditioneel rurale manier wordt geleefd door de betreffende bevolkingsgroep zou het heel wel mogelijk kunnen zijn dat in dit gebied dier- of plantensoorten voorkomen die door internationale milieunormen worden beschermd. Een ander voorbeeld is wellicht een (nood)maatregel waarbij eigendommen van bepaalde religieuze groeperingen die als een gevaar voor de staat gezien worden worden onteigend en vernietigd, waarmee niet alleen het eigendomsrecht wordt aangetast, maar mogelijkkerwijs – als het bij die eigendommen zou gaan om internationaal vermaarde cultuurgoederen – ook internationale

470 Orúa 1992, p. 190-191.

471 Vgl. IACieRM 29 november 1983, *Report on the situation of human rights of a segment of the Nicaraguan population of Mikito origin*, OAS Doc. OEA/Ser.L./V.II.62.

normen (zowel van verdragsrechtelijke als van gewoonterrechtelijke aard) over de bescherming van dergelijke cultuurgoederen worden geschonden.⁴⁷²

Het is echter niet goed voorstelbaar dat de organen die toezicht moeten houden op de naleving van de mensenrechtenverdragen het beroep door een verdragsstaat op de opschortingsbepaling zullen afwijzen vanwege de schending van een internationale norm die op een zo ander terrein ligt dan dat van de mensenrechten. Svensson-McCarthy merkt aan de hand van een ander voorbeeld op dat van de verdragsorganen op dit gebied een grote terughoudendheid verwacht mag worden:

[T]he [UN-]Charter, which prohibits in Art. 2(4) "the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state", may be of importance inter alia in so far as derogations from human rights obligations could be considered invalid if there is evidence that they are resorted to for reasons which are in conflict with the purposes and principles of the United Nations. An unlawful use of force, which cannot, for instance, be justified as an "inherent right of individual or collective self-defence" in accordance of Art. 51 of the Charter, could thus well provide a legal basis for invalidating derogations under Art. 4(1) of the Covenant, Art. 15(1) of the European Convention or art. 27(1) of the American Convention. However, although this argument holds good in theory, international control organs can be expected to be loath in denying a state the right to derogate by expressly or even implicitly ruling that it is an aggressor or that it has resorted to force contrary to international law.⁴⁷³

Hoewel Svensson-McCarthy zelf geen voorstander is van een dergelijke terughoudendheid aan de zijde van de toezichthoudende organen denk ik dat deze houding in zekere zin onvermijdelijk is. In de eerste plaats omdat het aanwijzen van de agressor in een gewapend conflict niet zozeer een juridisch, maar veeleer een politiek oordeel vergt⁴⁷⁴ en in de tweede plaats omdat het in nogal wat gevallen niet heel helder is welke van de bij een gewapend conflict betrokken partijen nu de eerste agressie pleegde en de toezichthoudende organen niet over adequate onderzoeksmogelijkheden beschikken om dit goed in beeld te brengen. Waar ten aanzien van het agressieverbod uit het VN-Handvest al een grote terughoudendheid in de oordelen van de toezichthoudende organen mag worden verwacht, zal dit hoogstwaarschijnlijk nog sterker het geval zijn bij internationale verplichtingen die een nog minder directe relatie met de mensenrechten hebben. Bovendien zal bij dergelijke internationale verplichtingen, met een beroep op algemene volkenrechtelijke concepten zoals dat van *necessity* (zie *supra* § 3.4), beargumenteerd kunnen worden dat

472 Vgl. het optreden van de Taliban-regering in Afghanistan tegen niet-Islamitische minderheden en hun cultuurgoederen in de periode 1996-2003.

473 Svensson-McCarthy 1998, p. 633.

474 Vgl. Ora 1992, p. 194-195.

een noodsituatie die het bestaan van het land bedreigt een legitieme reden vormt om af te wijken van deze ‘andere verplichtingen’.

8.6.2 Jurisprudentie

Jurisprudentie van de toezichthoudende organen over de voorwaarde dat noodmaatregelen die afwijken van de verplichtingen onder het EVRM, het IVBPR of het AVRVM niet in strijd mogen komen met andere internationale verplichtingen is nauwelijks aanwezig. Dit komt doordat toetsing aan deze voorwaarde pas aan de orde is nadat het toezichthoudende orgaan heeft geconstateerd dat (1) er sprake is van een ‘public emergency threatening the life of the nation’, (2) de noodtoestand officieel is uitgeroepen, (3) er een toereikende opschortingsnotificatie is gedaan aan de Secretaris-Generaal, (4) de getroffen noodmaatregelen geen inbreuk maken op *notstands*rechten, (5) voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste en (6) de getroffen noodmaatregelen geen discriminatie op een van de in de opschortingsbepaling vermelde gronden inhouden.⁴⁷⁵ Deze voorwaarde komt derhalve pas aan de orde als aan een heleboel andere vereisten is voldaan. De jurisprudentie van de toezichthoudende organen bevat derhalve geen gedetailleerde uitwerking van deze voorwaarde. Desalniettemin komen in (en naar aanleiding van) de jurisprudentie enkele elementen naar voren die relevantie hebben voor een beter begrip van deze voorwaarde.

8.6.2.1 EVRM

In het arrest *Lawless/Ireland* overwoog het EHRM, onder verwijzing naar artikel 19 EVRM, dat het ambtshalve (*proprio motu*) kan onderzoeken of grondrechtenschortende (nood)maatregelen in strijd komen met andere internationale verplichtingen. Het Hof constateerde vervolgens dat door de klagende partij, de Ierse regering, geen feiten of omstandigheden waren aangevoerd die aanleiding zouden geven om te veronderstellen dat andere internationaalrechtelijke verplichtingen zouden zijn geschonden.⁴⁷⁶ In het arrest *Ireland/United Kingdom* kwam het EHRM tot een gelijke conclusie.⁴⁷⁷ Naar aanleiding van het EHRM-arrest *Ireland/United Kingdom* is door diverse commentatoren aandacht besteed aan de kwestie of de Britse regering niet zelf had bijgedragen

475 Oraá 1992, p. 190, die dit ontleent aan IACoM 29 november 1983, *Report on the situation of human rights of a segment of the Nicaraguan population of Mikito origin*, AOS Doc. OEA/Ser.L./V.II.62. Ook in EHRM 22 april 1993, *Series A* Vol. 258-B (Brannigan and McBride/UK) wordt dit stramen gevolgd.

476 EHRM 1 juli 1961, *Series A* vol. 3 (Lawless/Ireland), p. 60-61, § 40-41.

477 EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ireland/UK), p. 84, § 222.

aan het ontstaan van een noodsituatie in Noord-Ierland. De *International Commission of Jurists* merkte in 1983 op:

‘Successive British Governments bear a heavy responsibility for having brought into existence a Province of Northern Ireland which contained the seeds of its self-destruction, and for failing to take effective action to persuade or compel the protected majority governments of the Province to stop their massive discrimination against the Catholic minority until that minority was driven to support its violent extremists and make the Province as constituted patently ungovernable.’⁴⁷⁸

Een enkele auteur borduurt hierop verder en vraagt zich af of het feit dat de noodsituatie ‘is widely regarded as having resulted from the British failure to implement reforms’ dan niet met zich dient te brengen dat de Britse regering geen gerechtvaardigd beroep meer kan doen op artikel 15 EVRM.⁴⁷⁹ Hierboven zagen wij weliswaar reeds dat in de *Greek Case* door de ECieRM aanvaard werd dat een noodsituatie die veroorzaakt werd door het optreden van de regering zelf (revolutionaire machtsovername) er niet aan in de weg staat dat die regering een beroep doet op artikel 15. Mangan plaatst de vraag of de Britse regering haar recht op een beroep op artikel 15 EVRM niet verwerkt zou hebben echter ook in het licht van de eis dat het opschorten van de verdragsverplichtingen niet in strijd mag komen met andere volkenrechtelijke verplichtingen:

‘To the extent that the United Kingdom’s derogation was caused by its failure to correct political, social, and economic imbalances in Northern Ireland, the derogation could be regarded as “inconsistent” with the United Kingdom’s obligations under the European Social Charter.’⁴⁸⁰

Hij noemt in dat verband de artikelen 1 (recht op arbeid), 10 (recht op vakopleiding), 13 (recht op sociale en geneeskundige bijstand) en 14 (recht op het gebruik van diensten voor sociale zorg) ESH, die door de politieke en economische discriminatie zoals die voorkwam in Noord-Ierland geschonden zouden zijn.⁴⁸¹ Tot dusverre geeft de jurisprudentie echter geen voorbeelden te zien van zaken waarin klagers een schending van volkenrechtelijke verplichtingen van deze aard naar voren brachten om de rechtmatigheid van een bepaalde opschorting van verdragsverplichtingen onder het EVRM te betwisten.

In de zaak *Brannigan and McBride/United Kingdom* beriepen de klagers zich expliciet op de voorwaarde dat noodmaatregelen die afwijken van de verdragsverplichtingen onder het EVRM niet strijdig mogen zijn met de verplichtingen

478 ICJ-study 1983, p. 243.

479 Mangan 1988, p. 385.

480 *Idem*, p. 386.

481 Daarbij moet dan wel bedacht worden dat het VK, gegeven de noodsituatie in Noord-Ierland, met een beroep op art. 30 ESH eventueel ook de verplichtingen onder dit verdrag had kunnen opschorten.

van de staat onder andere mensenrechtenverdragen. In dit verband wezen zij op de eis in artikel 4 IVBPR dat een noodtoestand officieel afgekondigd dient te worden. Hieraan had het volgens de klagers in deze zaak ontbroken. Naar aanleiding hiervan merkt het EHRM twee dingen op. Allereerst stelt het Hof dat het niet aan hem is 'to seek to define authoritatively the meaning of the terms "officially proclaimed" in Article 4 of the Covenant'.⁴⁸² Het Hof vermeldt echter niets over een mogelijke gezaghebbende interpretatie van dit begrip van de hand van het VN-Mensenrechtencomité en vervolgt kortweg: 'Nevertheless it must examine whether there is any plausible basis for the applicant's argument in this respect.'⁴⁸³ Dit onderzoek leidt vervolgens tot de conclusie dat de wijze waarop de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft openbaar gemaakt te zullen gaan afwijken van de verplichtingen onder het EVRM, voldoende is in het licht van de eis van een officiële afkondiging:

'In his statement of 22 December 1988 to the House of Commons the Secretary of State for the Home Department explained in detail the reasons underlying the Government's decision to derogate and announced that steps were being taken to give notice of derogation under both Article 15 of the European Convention and Article 4 of the Covenant. He added that there was "a public emergency within the meaning of these provisions in respect of terrorism connected with the affairs of Northern Ireland in the United Kingdom" (...).

In the Court's view the above statement, which was formal in character and made public the Government's intentions as regards derogation, was well in keeping with the notion of an official proclamation. It therefore considers that there is no basis for the applicants' arguments in this regard.'⁴⁸⁴

Volgens het Hof zijn de Britse noodmaatregelen derhalve niet in strijd met de andere verplichtingen van het Verenigd Koninkrijk onder het internationale recht. In de latere uitspraken van het EHRM met betrekking tot artikel 15 EVRM komt deze voorwaarde niet aan de orde.

8.6.2.2 IVBPR

Waar in het eerste *General Comment* van het VN-Mensenrechtencomité over artikel 4 IVBPR, *General Comment No. 5*, geen enkele aandacht was voor de voorwaarde dat noodmaatregelen niet in strijd mogen komen met andere verplichtingen van de staat voortvloeiend uit het internationale recht, is in *General Comment No. 29* uit 2001 een aantal passages gewijd aan deze voorwaarde. Het Comité merkt op:

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

483 *Ibidem*.

484 *Ibidem*.

'Although it is not the function of the Human Rights Committee to review the conduct of a State party under other treaties, in exercising its functions under the Covenant the Committee has the competence to take a State party's other international obligations into account when it considers whether the Covenant allows the State party to derogate from specific provisions of the Covenant. Therefore, when invoking article 4, paragraph 1, or when reporting under article 40 on the legal framework related to emergencies, States parties should present information on their other international obligations relevant for the protection of the rights in question, in particular those obligations that are applicable in times of emergency.'⁴⁸⁵

Uit deze passage wordt duidelijk dat het Mensenrechtencomité met betrekking tot de in de voorgaande paragraaf opgeworpen vraag naar de exacte reikwijdte van de term 'andere verplichtingen voortvloeiend uit het internationale recht', kiest – wat mij betreft logischerwijs – voor een relatief beperkte opvatting: het moet gaan om andere internationale verplichtingen die relevant zijn voor de bescherming van de in het geding zijnde rechten. Van belang zijn volgens het Comité dan vooral de verplichtingen die ook gelden in noodsituaties. Het Comité verwijst hierbij niet naar de opschortingsbepalingen uit andere mensenrechtenverdragen, maar juist naar mensenrechtenverdragen die geen opschortingsbepaling kennen, zoals het IVRK. Het geeft aan dat uit artikel 38 van het kinderrechtenverdrag duidelijk wordt dat het de bedoeling heeft ook te gelden in tijden van oorlog of andere crisisomstandigheden. Bovendien meent het Comité dat uit de voorwaarde van conformiteit met overige internationale verplichtingen voortvloeit dat de verdragsstaten zich goed op de hoogte moeten stellen van de internationaal-rechtelijke ontwikkelingen: 'States parties should duly take into account the developments within international law as to human rights standards applicable in emergency situations.'⁴⁸⁶ Het Comité geeft zelfs aan welke documenten in zijn ogen daarbij het meest relevant zijn:

'Reference is made to reports of the Secretary-General to the Commission on Human Rights submitted pursuant to Commission resolutions 1998/29, 1996/65 and 2000/69 on minimum humanitarian standards (later: fundamental standards of humanity), E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94 and E/CN.4/2001/91, and to earlier efforts to identify fundamental rights applicable in all circumstances, for instance the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency (International Law Association, 1984), the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, the final report of Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur of the Sub-Commission, on human rights and states of emergency (E/CN.4/Sub.2/1997/19 and Add.1), the Guiding Principles on Internal Displacement (E/CN.4/1998/53/Add.2), the Turku (Åbo) Declaration of Minimum Humanitarian Standards (1990), (E/CN.4/1995/116).

485 *General Comment No. 29*, § 10.

486 *Ibidem*.

As a field of ongoing further work reference is made to the decision of the 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent (1995) to assign the International Committee of the Red Cross the task of preparing a report on the customary rules of international humanitarian law applicable in international and non-international armed conflicts.⁴⁸⁷

Zoals reeds bleek in § 6.7.1 *supra*, wijst het Comité in het kader van de eisen met betrekking tot de noodzaak en proportionaliteit van grondrechtenopschortende noodmaatregelen ook op de relevantie van andere internationale verplichtingen, vooral de verplichtingen voortvloeiend uit normen van internationaal strafrecht zoals neergelegd in het Statuut van het Internationaal Strafhof.

8.6.3 Karakter en reikwijdte van de ‘andere internationale verplichtingen’: enkele conclusies en aanvullende opmerkingen

Uit de jurisprudentie over de voorwaarde van conformiteit van de grondrechtenopschortende noodmaatregelen met de overige verplichtingen van de staat voortvloeiend uit het internationale recht kan worden geconcludeerd dat zowel het EHRM als het VN-Mensenrechtencomité zich bevoegd achten om een toets aan deze voorwaarde te verrichten, zonodig zonder dat één van de partijen in de betreffende procedure zich op deze voorwaarde heeft beroepen. Wat betreft het EHRM is dit reeds af te leiden uit het *Lawless*-arrest en wat betreft het VN-Mensenrechtencomité kan dit worden gedistilleerd uit *General Comment No. 29*. Het is echter niet waarschijnlijk dat de verdragsorganen zich zullen gaan wijden aan een uitvoerige gedachtevorming over mogelijke volkenrechtelijke verplichtingen die geschonden zouden kunnen zijn, indien de klagende partij daarvoor niet een of meer concrete en goed onderbouwde voorzetten geeft in het verzoekschrift.

Het EHRM heeft zich, evenals de ECieRM, nog nimmer uitgelaten over de precieze reikwijdte van de term ‘andere verplichtingen voortvloeiend uit het internationale recht’. Het VN-Mensenrechtencomité heeft daarvan in *General Comment No. 29* wel een indicatie gegeven: het moet gaan om verplichtingen die relevant zijn voor de bescherming van de grondrechten die in een bepaalde procedure in het geding zijn en die ook gelden tijdens noodsituaties. Het Comité heeft bij de nadere bepaling van deze verplichtingen nadrukkelijk een open oog voor de rechtsontwikkeling zoals die gestalte krijgt in niet-bindende internationale documenten en niet alleen voor andere verdragsteksten. De verwijzing van het Mensenrechtencomité naar normen die geldig zijn tijdens noodsituaties brengt natuurlijk toch vooral de regels van oorlogsrecht en internationaal humanitair recht in beeld als relevante bron van ‘andere volken-

487 *Ibidem*, eindnoot 6.

rechtelijke verplichtingen'. Over deze twee rechtsterreinen volgen hieronder nog enkele aanvullende opmerkingen.

Ten aanzien van het oorlogsrecht en het internationale humanitaire recht moet worden opgemerkt dat beide rechtsterreinen nadrukkelijk in elkaars verlengde liggen. Ook voor het oorlogsrecht, waarvan de kern gevormd wordt door de verdragen die tot stand werden gebracht op de Haagse Vredesconferenties van 1899 en 1907, geldt dat aan de totstandkoming hiervan vooral humanitaire overwegingen ten grondslag liggen. De diverse verdragen op het terrein van het oorlogsrecht 'share the purpose of alleviating as much as possible the calamities of war' en 'elementary dictates of humanity (...) constitute a crucial factor in the consolidation of the laws of warfare',⁴⁸⁸ al moet daarbij niet uit het oog worden verloren dat het in het oorlogsrecht gaat om het zoeken van een compromis tussen humaniteit en militaire noodzaak. Ook al liggen aan het voeren van een oorlog soms humanitaire overwegingen ten grondslag (denk aan het vraagstuk van de humanitaire interventie), dergelijke overwegingen bevinden zich op de achtergrond; de hoofdzaak voor de strijdende partijen is de militaire overwinning:

'The humanitarian desire to attenuate human suffering in armed conflict must compete with military requirements. In all legal norms regulating warfare, a realistic compromise has to be struck between humanitarian considerations, on the one hand, and the demand of military necessity, on the other. Such a compromise is inevitable, for the legal norms in question are meant to be applied not by philanthropic associations but by armed forces in the course of hostilities. War is pursued with military, rather than humanitarian ends in mind. It would be reckless to ignore the simple truth that the paramount objective of each belligerent party is winning the war, and not winning humanitarian awards. All the same, war can be waged in a manner that does not needlessly or disproportionately aggravate human suffering. The laws of warfare amount to a checks-and-balances system, intended to minimize human suffering without undermining the effectiveness of military operations.'⁴⁸⁹

Binnen het rechtsterrein dat als het internationale humanitaire recht wordt aangeduid – en waarvan de kern gevormd wordt door de Geneefse Conventies van 1949 en de twee Protocollen daarbij uit 1977 – staat het humanitaire element wellicht wat meer op de voorgrond, maar gaat het al evenzeer om het vinden van een evenwicht tussen idealisme en praktische haalbaarheid in oorlogssituaties.⁴⁹⁰

488 Dinstein 1993, p. 345. Dinstein verwijst met de door hem gekozen bewoordingen naar de Verklaring van Sint Petersburg van 1868 over een verbod op het gebruik van lichtgewicht explosieve projectielen en een frase die veel gebruikt is door het na-oorlogse Neurenberg-Tribunaal.

489 Dinstein 1993, p. 346.

490 *Ibidem*.

Specifiek met betrekking tot het humanitaire recht is het ook relevant om stil te staan bij het karakter van dit rechtsterrein en de verhouding van het humanitaire recht tot de mensenrechtenverdragen. Een constatering die in dat opzicht relevant is, is dat de Geneefse Conventies de problematiek van bescherming van fundamentele rechten tijdens gewapende conflicten op een andere manier benaderen dan de mensenrechtenverdragen: 'rather than classifying rights according to the impact which an emergency can have on them, they recognize rights which must be protected during a particular type of emergency, namely, armed conflict, which are non-derogable'.⁴⁹¹ Wel bevatten de Geneefse Conventies en de additionele Protocolen bepalingen die betrekking hebben op rechten die in de mensenrechtenverdragen worden genoemd. Gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies bevat enkele minimumnormen over de humane behandeling van personen die niet of niet langer deelnemen aan de gewapende strijd en bevat in dat verband een absoluut verbod op willekeurige levensberoving, wrede of vernederende behandeling, foltering, het in gijzeling houden van personen en het berechten of executeren van personen zonder inachtneming van de 'in de beschaafde wereld algemeen aanvaarde normen met betrekking tot een eerlijk proces'.⁴⁹² Bepalingen in de Eerste en Derde Geneefse Conventie garanderen het recht van zieken en gewonden op verzorging en bescherming tegen geweldpleging en mishande-

491 Report of the meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances, opgenomen in VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20, annex I, § 2.

492 Gemeenschappelijk artikel 3 luidt:

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1. Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) Violence to life and person. in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b) Taking of hostages;

(c) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(d) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

2. The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.

ling, zonder discriminatie (artikel 12), de Derde Geneefse Conventie geeft krijgsgevangenen een recht op bescherming van hun lichamelijke integriteit en op een humane behandeling (artikel 13). De Vierde Geneefse Conventie, die betrekking heeft op de bescherming van burgers in tijd van oorlog, voorziet in de bescherming van 'the honour, the family rights, the religious convictions and practices and the manners and customs' van burgers en garandeert dat burgers te allen tijde een humane behandeling krijgen en beschermd worden tegen gewelddadigheden of de dreiging daarvan (artikel 27). De Protocollen bij de Geneefse Conventies – tot stand gekomen in 1977 en betrekking hebbend op internationale gewapende conflicten (Protocol I) respectievelijk binnenlandse gewapende conflicten (Protocol II) – bevatten daarnaast bepalingen over het recht van vrouwen op bescherming tegen verkrachting, gedwongen prostitutie en aanranding,⁴⁹³ een verbod op collectieve bestraffing, een verbod op lijfstraffen, een verbod op gezamenlijke detentie van vrouwen en mannen in één cel, het recht van verdachten op een eerlijk proces (waarbij de meeste van de elementen van een eerlijk proces zoals die genoemd worden in artikel 14 IVBPR en artikel 6 EVRM of uitgekristalliseerd zijn in de jurisprudentie over deze beide artikelen worden aangehaald). Verder bevatten deze Protocollen gedetailleerde regels over de bescherming van kinderen tijdens gewapende conflicten.⁴⁹⁴

In § 8.1.3.6 en § 8.2.3 *supra* is reeds aan de orde gekomen dat deze humanitairrechtelijke regels – mede omdat zij, in ieder geval ten dele, tevens worden aangemerkt als normen van *ius cogens*⁴⁹⁵ – van invloed zijn op de invulling van bepaalde verplichtingen onder de mensenrechtenverdragen, onder meer met betrekking tot positieve verplichtingen tot bescherming van het recht op leven en met betrekking tot een *notstandsfeste* status aan bepaalde rechten zonder dat die in de opschortingsbepalingen zelf als zodanig worden genoemd. Zodoende is de voorwaarde dat grondrechtenopvoortvloeiend uit het internationale recht, waardoor normen van humanitair recht een belangrijke relevantie krijgen binnen het bestek van de mensenrechtenverdragen, zonder dat er sprake is van een uitvoerige jurisprudentie over deze voorwaarde, toch van groot belang voor de rechtsontwikkeling. *De lege ferenda* zijn diverse voorstellen geformuleerd (onder meer in de *Siracusa Principles*, de *Paris Minimum Standards* en de *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*) voor de toekenning van een *notstandsfeste* status aan een grotere categorie rechten, omdat deze rechten ook in de situatie van een gewapend conflict nog worden beschermd door normen van humanitair recht. Hoewel deze voorstellen nog niet hebben geleid tot nieuwe verdragsteksten en het EHRM er in zijn uitspraken geen aandacht aan besteed, zijn zij met *General Comment No. 29* van het VN-

493 Art. 76 Protocol I; art. 5 en 6 Protocol II.

494 Art. 77 en 78 Protocol I en art. 4 lid 3 Protocol II.

495 Vele auteurs merken beplingen van gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies aan als normen van *ius cogens*.

Mensenrechtencomité toch in belangrijke mate geworden tot 'jurisprudentierecht'.

Met *General Comment No. 29* is mijns inziens ook een oplossingsrichting geboden voor een ander vraagstuk met betrekking tot het grensvlak van mensenrechten en humanitair recht. Om deze oplossingsrichting nader aan te kunnen geven moet eerst het vraagstuk nader worden verduidelijkt.

Sommige auteurs zijn geneigd om het humanitaire recht te beschouwen als 'law concerning the protection of human rights in armed conflicts'.⁴⁹⁶ Dit is in juridisch opzicht evenwel een te weinig precieze en daardoor misleidende karakterisering. Hoewel er belangrijke overeenkomsten zijn tussen de doelstelling van de mensenrechtenverdragen en de humanitair-rechtelijke verdragen, kan de juridische vormgeving van de mensenrechten en de humanitair-rechtelijke verplichtingen niet zonder meer met elkaar worden vergeleken. Waar de mensenrechtenverdragen rechten erkennen van individuen (als inherent aan de menselijke waardigheid), bevatten de Geneefse Conventies enerzijds evenzeer bepalingen die zien op de toekenning van rechten aan individuen ten opzichte van de staat, maar anderzijds juist bepalingen die veel meer betrekking hebben op rechten en verplichtingen tussen staten onderling.⁴⁹⁷ Het karakter van de humanitair-rechtelijke verdragen is daardoor veel minder eenduidig dan dat van de mensenrechtenverdragen. Dit leidt ertoe dat het in het humanitaire recht niet altijd zo eenvoudig is om te bepalen of sprake is van rechten die toekomen aan individuen of van rechten voor de verdragsstaten. In veel gevallen zullen het individuen zijn die 'profiteren' van de verdragsbepalingen, maar deze bepalingen kennen veelal niet rechtstreeks rechten toe aan individuen. Onder bepaalde omstandigheden kan dit een heel relevant verschil uitmaken, bijvoorbeeld in geval er sprake is van gevangenneming van 'strijders' die geen onderdaan zijn van een van de strijdende partijen.

Nu wordt in de literatuur regelmatig gewezen op het bestaan van een 'gat' in de bescherming van fundamentele rechten, namelijk in de situatie waarin wel sprake is van een 'public emergency threatening the life of the nation', zodat bepaalde verplichtingen onder de mensenrechtenverdragen door de betreffende verdragsstaat kunnen worden opgeschort, maar nog geen sprake is van een binnenlands gewapend conflict, zodat de bescherming van fundamentele rechten zoals geboden door gemeenschappelijk artikel 3 van de

496 Miyazaki 1984, p. 433. Vgl ook Meron 1989.

497 Zie hierover reeds § 3.5.1 *supra*. Zo is bijv. art. 7 van de Eerste Geneefse Conventie een bepaling die ziet op rechten van individuen: 'Wounded and sick, as well as members of the medical personnel and chaplains, may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them [cursivering JPL] by the present Convention, and by the special agreements referred to in the foregoing Article, if such there be.' Art. 16 lid 4 van de Eerste Geneefse Conventie bevat typisch voorbeeld van inter-statelijke verplichtingen: 'Parties to the conflict shall prepare and forward to each other through the same information bureau, certificates of death or duly authenticated lists of the dead.'

Geneefse Conventies en van additioneel Protocol II buiten bereik blijft.⁴⁹⁸ De benadering die het Mensenrechtencomité in *General Comment No. 29* bij de uitbreiding van het aantal *notstandsfeste* rechten hanteert, is in wezen heel simpel: als bepaalde fundamentele rechten zelfs gedurende een gewapend conflict volgens de regels van het humanitaire recht nog beschermd kunnen worden, dan kan er geen reden zijn om die rechten in een minder ernstige noodsituatie niet te beschermen. Het bereik van de minimum-beschermingsgarantie van het humanitaire recht wordt daardoor uitgebreid tot het gebied waar de humanitairrechtelijke verdragsregels zelf nog niet rechtstreeks van toepassing zijn (omdat de crisissituatie nog niet zodanig is dat er sprake is van een binnenlands gewapend conflict), maar ook de mensenrechtenverdragen niet meer hun volle bescherming kunnen bieden (omdat de situatie wel zodanig is dat bepaalde rechten kunnen worden opgeschort). Door de uitbreiding van het bereik van het humanitaire recht, via 'jurisprudentie' van de mensenrechten-verdragsorganen waarin een grotere groep rechten als notstandsfest wordt aangemerkt, zakt het minimum-beschermingsniveau onder die mensenrechtenverdragen ten minste (namelijk het niveau dat geboden wordt in situatie waarin een beroep gedaan kan worden op de opschortingsbepalingen) nooit onder het beschermingsniveau van het humanitaire recht.

Deze ontwikkeling is zeer relevant nu in het kader van de strijd tegen terrorisme hernieuwde discussie is ontstaan over de exacte reikwijdte van gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies en van additioneel Protocol II. Ingevolge artikel 3 en Protocol II kan een staat in oorlog zijn met een gewapende revolutionaire groep of een andere binnenlandse groep gewapende opstandelingen, waarbij de achtergrond of doelstellingen van die groep geen enkele rol spelen. In het post-11 september 2001-tijdperk is de vraag naar boven gekomen of een staat ook in oorlog kan zijn met multinationale terroristische (of anderszins criminele) organisaties en of leden van deze organisaties die tijdens het conflict gevangen worden genomen al dan niet als krijgsgevangenen moeten worden aangemerkt., zodat de bescherming van de Geneefse Conventies op hen van toepassing is. Met *General Comment No. 29* in de hand kunnen naar mijn gevoel deze debatten worden gelaten voor wat ze zijn, aangezien dit *General Comment* er onmiskenbaar op wijst dat de mogelijke niet-toepasselijkheid van de basale normen van gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies en van Protocol II niet zozeer een situatie oplevert waarin minder recht op bescherming van bepaalde fundamentele rechten bestaat. Het 'oorlogsniveau' van bescherming van fundamentele rechten zoals geboden door de Geneefse Conventies geldt als het absolute minimum. Is sprake van een situatie waarin die Geneefse Conventies niet van toepassing zijn, dan zijn automatische de 'gewone' regels van de mensenrechtenverdragen van toepassing, waarbij de bescherming toekomt aan een ieder die zich binnen

498 Zie o.m. Meron 1987, p. 136; Rosas 1991, p. 165; Dinstein 1993, p. 351-352 en Fronhöfer 1994, p. 56-67.

de rechtsmacht van de staat bevindt (en dus niet afhankelijk is van eventuele reciprociteit door de staat waarvan de betrokken gevangene onderdaan is). Die gewone regels van de mensenrechtenverdragen bieden veelal in grote lijnen een hoger niveau van bescherming en zelfs in de situatie dat bepaalde rechten uit die verdragen opgeschort kunnen worden, komt het beschermingsniveau nooit onder het 'oorlogsniveau'. Het 'labelen' van bepaalde groepen gevangenen strijders als niet-krijgsgevangenen kan dan nooit als consequentie hebben dat deze gevangenen zowel de bescherming van het humanitaire recht als van de mensenrechten geheel mislopen.

