



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Terrorismebestrijding, De Raad van Europa en het EVRM

Loof, J.P.; Dongen E. van, Groothuis M.M.

Citation

Loof, J. P. (2005). Terrorismebestrijding, De Raad van Europa en het EVRM. *Terrorismebestrijding Met Mensenrechten*, 51-73. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12695>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12695>

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

Terrorismebestrijding, de Raad van Europa en het EVRM

Jan-Peter Loof

1. Inleiding

Tien jaar geleden organiseerde het NJCM een lustrumcongres ter gelegenheid van het 20-jarig bestaan van de vereniging. Ter gelegenheid van dit congres verscheen een redactioneel commentaar in het NJCM-Bulletin met als titel: 'De wetgever, zijn mensenrechtenbeleid en een twintigjarige waakhond'." In dit redactioneel werd gesignaleerd dat binnen de wetgevende macht vrijwel niemand meer een goed overzicht heeft van de mensenrechtelijke effecten van de optelsom van wetsvoorstellen en wetswijzigingen die allemaal op zichzelf een zekere inmenging in bepaalde mensenrechten met zich brengen, omdat telkens een ad-hoc benadering wordt gehanteerd. 'Zo dringt zich het algemene beeld op dat de wetgever als het om mensenrechten gaat niet altijd zo zorgvuldig is in zijn afweging' stelde de redactie van het Bulletin. Het NJCM werd in dit redactioneel opgeroepen om er als waakhond voor te zorgen dat de mensenrechten geen 'rustig bezit' zouden worden waarvan de wetgever niet wakker zou hoeven liggen.

Als er iets duidelijk is geworden in de wereld van na 11 september 2001, is het dat de mensenrechten volstrekt geen rustig bezit zijn. Zij het op een volstrekt andere wijze dan de auteurs van het redactioneel indertijd bevroedden. Ook vandaag de dag geldt: heeft er nu nog iemand oog voor de effecten van de optelsom van allerlei afzonderlijke anti-terrorisememaatregelen die telkens een zekere inbreuk op bepaalde grondrechten opleveren en die misschien elk afzonderlijk nog te rechtvaardigen zijn, maar als geheel een zeer onwenselijke situatie opleveren?

In deze bijdrage zal ik ingaan op de relatie tussen de Raad van Europa en het onderwerp terrorismebestrijding. Nu zijn in het kader van de Raad van Europa veel teksten tot stand gebracht die een relatie hebben tot het onderwerp terrorismebestrijding. Een recente telling leerde mij dat binnen de Raad van

* Mr. J.P. Loof is universitair docent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, redacteur van het NJCM-Bulletin en oud-voorzitter van het NJCM. Deze bijdrage is geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma *Securing the Rule of Law in a World of Multi-Level Jurisdiction* van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. Deze bijdrage is een lichte uitwerking van een toespraak uitgesproken tijdens het NJCM-lustrumcongres 'Terrorismebestrijding met mensenrechten' op 8 april 2005.

¹ *NJCM-Bulletin* 1994, p. 449-450.

Europa momenteel zo'n 45 verdragen, protocollen, aanbevelingen, resoluties en verklaringen opgesteld zijn die iets te maken hebben met terrorismebestrijding.

Een groot deel daarvan legt een link naar de grenzen die mensenrechtenstandaarden stellen aan het optreden van staten in de strijd tegen het terrorisme.² Ik zal hieronder op diverse plaatsen verwijzen naar enkele van die documenten die na 11 september 2001 tot stand zijn gebracht, in het bijzonder de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, op 11 juli 2002 vastgesteld door het Comité van Ministers, en de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*,³ waarvan de tekst op 16 mei van dit jaar in Warschau werd vastgesteld. Centraal staat echter het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De normen van dit verdrag, en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hierover, vormen immers het kader waarbinnen Europese terrorismebestrijdingsmaatregelen moeten worden beoordeeld. De genoemde *Guidelines* zijn voor een belangrijk deel gebaseerd op jurisprudentie van het EHRM over de diverse EVRM-bepalingen die relevant zijn voor het overheidsoptreden ter bestrijding van terrorisme. Het is verleidelijk om in dit verband vele bepalingen van het EVRM langs te lopen en een veelheid aan ontwikkelingen in de toetsing door het EHRM aan te stippen, maar dat laat de maximumlengte van deze bijdrage niet toe. Ik beperk mij tot die artikelen waarnaar in de huidige discussies nogal eens wordt verwezen omdat deze in een tijdperk van terreuraanslagen ruimte zouden bieden voor het verdergaand beperken van bepaalde grondrechten dan onder 'normale' omstandigheden. Aan de orde komen: artikel 2 EVRM (over de bescherming van het recht op leven), artikel 17 EVRM (over de mogelijkheid om personen het recht op uitoefening van bepaalde grondrechten te ontfemen indien zij die grondrechten misbruiken) en artikel 15 EVRM (over de mogelijkheid van opschorting van de bescherming bepaalde rechten). Uiteindelijk kom ik ook stil te staan bij het 'normale' beperkingsregime onder het EVRM.

2. Terrorismen in het EVRM: een vooropmerking

Het EVRM bevat geen definitie van terrorisme en het EHRM heeft ook geen definitie van terrorisme ontwikkeld in zijn jurisprudentie. Op internationaal niveau is het tot dusverre onmogelijk gebleken om een sluitende definitie van terrorisme op te stellen in een juridisch bindend document.⁴ Voor zover er

² Zie de bundel *The fight against terrorism - Council of Europe standards*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, december 2003.

³ *Council of Europe Treaty Series*, No. 196.

⁴ Sinds 1996 wordt door achtereenvolgens een ad-hoc comité van de VN en een werkgroep van het Zesde Comité van de Algemene Vergadering van de VN gewerkt aan het opstellen van een 'Draft Comprehensive Convention on International Terrorism'. Op dit ontwerp-verdrag is ernstige kritiek geuit door diverse NGO's en VN-lidstaten, onder meer vanwege de definitie van terrorisme die in het verdrag werd voorgesteld, het bereik van het verdrag en de invloed daarvan op de toepasbaarheid van normen van internationaal humanitair recht en de inbreuk op het beginsel van *non-refoulement* die eruit voortvloeit. Zie o.m. 'International Commission of Jurists (ICJ)'s position on the draft Comprehensive Convention on International Terrorism', 24 januari 2002 en ICJ

vandaag de dag verdragen zijn over de bestrijding van terrorisme hebben deze vooral betrekking op het bestraffen en tegengaan van bepaalde feitelijke handelingen die als een manifestatie van terrorisme beschouwd kunnen worden (vliegtuigkapingen, gijzelingen, bomaanslagen en dergelijke) en daarnaast op de financiering van vermeend terroristische organisaties.> Ook in de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism* is geen definitie van terrorisme te vinden. Artikel 1 van dit verdrag bepaalt dat '[f]or the purposes of this Convention, "terrorist offence" means any of the offences within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the Appendix'. In deze bijlage staan vervolgens tien verdragen opgesomd die alle gericht zijn op bepaalde concrete terroristische misdrijven.⁶

Het gebrek aan een definitie van terrorisme in het EVRM betekent niet dat het EHRM nooit arresten heeft gewezen die met terrorisme te maken hebben. Sterker nog, het allereerste arrest van het EHRM, het arrest *Lawless/Ierland* uit 1961, had te maken met een persoon die verdacht werd van terroristische activiteiten (IRA-lidmaatschap). Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie ook zonder veel omhaal diverse organisaties zonder meer als terroristische organisaties aangemerkt: onder meer de Noord-Ierse IRA en de Turks-Koerdische PKK. Een duidelijke definitie van terrorisme is daarvoor echter niet nodig gebleken. Daarvoor zijn verschillende redenen te geven. In de eerste plaats zijn klachten in Straatsburg zijn altijd gericht tegen een staat, dus het is nooit nodig geweest om stil te staan bij de juridische consequenties van schending van grondrechten door niet-statelijke actoren zoals terroristische organisaties. In de tweede plaats hanteert het Hof een case-by-case benadering die nadrukkelijk gebaseerd is op de feitelijke omstandigheden in een bepaald geval: op welke wijze manifesteert zich terrorisme

Occasional Papers No. 2, *Terrorism and Human Rights*, Geneve: Ic], april 2002, p. 202-210. Overigens heeft VN Secretaris-Generaal Annan in zijn in maart 2005 gepresenteerde rapport 'In larger freedom: towards development, security and human rights for all' (VN Doe. A/59/2005) de lidstaten opgeroepen om de verschillen van inzicht met betrekking tot dit onderwerp ter zijde te zetten en snel overeenstemming te bereiken over een dergelijk verdrag.

⁵ Zie bijv. EG-Verordening Nr. 2580/2001, *Publicatieblad* L 344, p. 70-74. Deze verordening heeft betrekking op het treffen van financiële sancties (het bevroeren van banktegoeden en dergelijke) van terroristische organisaties of van terrorisme verdachte personen. Op basis van deze verordening wordt periodiek door de Raad van de EU een lijst vastgesteld van als terroristisch aangemerkte personen en organisaties.

⁶ Te weten: (1) Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December 1970; (2) Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, concluded at Montreal on 23 September 1971; (3) Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents, adopted in New York on 14 December 1973; (4) International Convention Against the Taking of Hostages, adopted in New York on 17 December 1979; (5) Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, adopted in Vienna on 3 March 1980; (6) Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, done at Montreal on 24 February 1988; (7) Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, done at Rome on 10 March 1988; (8) Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, done at Rome on 10 March 1988; (9) International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted in New York on 15 December 1997; (10) International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted in New York on 9 December 1999.

in de 'aangeklaagde' staat, wat zijn in deze omstandigheden de rechten waarop de klager een beroep kan doen en in hoeverre mag de staat hierop in deze omstandigheden een inbreuk maken?" Deze benadering is niet zonder belang, zo merkt Warbrick op:

'This focus on the actual impact of each terrorist campaign is important because one aspect of the use of terms like "terrorist" or "terrorism" is their denunciatory function, to strip of their legitimacy the claims to use force, the ends for which the force is being used and those who use it. This makes for two concerns about human rights - that the deligitimising process will lead to an unjustified denial of the human rights of those suspected to be terrorists and that those who support the terrorist ends, even those who do not positively distance themselves from them, will be identified with the terrorists and treated likewise. There is another danger too - that measures justified by reference to terrorism will come to be used against drug-traffickers, organised criminals, ordinary criminals, so what begin as measures to meet a discrete and confined phenomenon leak out into mainstream law enforcement, putting in jeopardy the human rights of many people.'⁸

Inderdaad heeft de praktijk tot dusverre uitgewezen dat diep ingrijpende maatregelen die worden getroffen ter bestrijding van een terrorisme of ter bestrijding van een andere (tijdelijke) crisissituatie menigmaal niet ingetrokken worden als de terreurdreiging is verdwenen of de crisissituatie is opgelost. Degelijke 'noodmaatregelen' of onderdelen daarvan sijn veelal door naar het normale rechtssysteem." Het is derhalve van groot belang bij elke toepassing van anti-terrorisemaatregelen de daadwerkelijke feitelijke omstandigheden in het oog te blijven houden en aan de hand daarvan te komen tot een beoordeling van de gerechtvaardigheid van de toepassing van die maatregelen in het concrete geval.

3. Een positieve verplichting tot bescherming van het recht op leven

In artikel I van de *Guidelines on human rights and the fight against terrorism* wordt geponoerd dat staten de positieve verplichting hebben om de grondrechten, in het bijzonder het recht op leven, van hun onderdanen te beschermen tegen terroristische activiteiten, en dat zij in het kader daarvan gerechtigd zijn om bepaalde maatregelen te treffen. De preambule van de *Guidelines* spreekt in dit verband in alinea [f] van een 'imperative duty of States to protect their populations against terrorist acts'. Deze opvatting is terug te voeren op onder meer het *Osman-arrest* van het EHRM waarin het Hof aangaf dat in bepaalde 'well-defined circumstances a positive obligation rests on the authorities to take

⁷ C. Warbrick, 'The Principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to terrorism', *European Human Rights Law Review* 2002, p. 287.

⁸ Idem, p. 288. C. Warbrick 2002 *supra* noot 7, p. 288.

⁹ Vgl. CiL, Rossiter, *Constitutional Dictatorship - Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton Univ. Press 1948, p. 13: 'No democracy ever went through a period of thoroughgoing constitutional dictatorship without some permanent and often unfavorable alteration in its governmental scheme.'

preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of others'."? Naar mijn gevoel wordt dit 'Osman-criterium' soms wat al te enthousiast omarmd om maatregelen die afbreuk doen aan de bescherming van bepaalde grondrechten - met name in de sfeer van de processuele rechten in strafprocedures - te rechtvaardigen.¹¹ Er moet echter worden opgepast om deze jurisprudentie al te veel te 'veralgemeeniseren' tot een grondrecht op veiligheid voor een ieder dat verplichtingen zou inhouden tot het treffen van maatregelen tegen allerhande mogelijke terroristische acties, zeker als die maatregelen ten koste zouden gaan van andere grondrechten. Zo verstrekkend is de Straatsburgse jurisprudentie mijns inziens zeker niet. De in het arrest *Osman* geconstrueerde positieve verplichting op grond van artikel 2 EVRM heeft een relatief beperkte omvang. 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.'¹²

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 se hoeft te gaan om bedreigde individuen, maar ook om de bescherming van bepaalde groepen van burgers.¹³ 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.¹⁴ Het EHRM formuleert dus niet een hele brede verplichting tot het bieden van veiligheid tegen bijvoorbeeld allerhande terroristische aanslagen. In artikel 2 EVRM ligt niet de positieve verplichting

¹⁰ EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998-VIII (Osman/VK), § 115. Zie ook: EHRM 28 maart 2000, *Reports* 2000-III (Kiliç/Turkije), § 62: 'The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual (...).'

¹¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld het interview met de nieuwe Nederlandse rechter in het EHRM, Egbert Myjer, 'Voorzichtig met Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 904-905. Hij lijkt, mede onder invloed van dit criterium, een 'lowering of standards' - gezien de 'present day conditions' waarin sprake is van een serieuze dreiging van massaal terrorisme - aanvaardbaar te achten. Het zal waarschijnlijk niet lang meer duren voordat ook de regering het Osman-criterium van stal haalt in de memorie van toelichting bij een van de in voorbereiding zijnde wetsvoorstellen ter bestrijding van terrorisme. Ik raad de lezer aan het wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid op dit punt in de gaten te houden.

¹² EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998-VIII (Osman/VK), § 116.

¹³ EHRM 28 maart 2000, *Reports* 2000-III (Kiliç/Turkije), § 62; EHRM 10 oktober 2000, *RJ&D* 2000-X (Akkoç/Turkije).

¹⁴ EHRM 14 maart 2002, *Reports* 2002-III (Paul and Audrey Edwards/VK), § 55.

besloten om iedereen tegen elk strafbaar geweld te beschermen.¹⁵ In het licht van de bovenstaande jurisprudentie kan worden gesteld dat een verdragsstaar 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.

Natuurlijk, het verzekeren van een adequaat niveau van veiligheid voor de burgers hoort tot de 'normale' staatstaken en bij een sterkere bedreiging van die veiligheid hoort dan ook een indringender optreden van de overheid. In die zin biedt de Osman-doctrine wat mij betreft niet zoveel nieuws. Een al te brede toepassing van de Osman-doctrine wekt naar mijn gevoel echter onterecht de indruk dat de positieve verplichtingen van de staat ter bescherming van het recht op leven van de burgers een heel nieuw beoordelingskader creëren voor overheidsmaatregelen ter bestrijding van terrorisme die een inmenging betekenen in de uitoefening van allerlei andere grondrechten. Immers het beeld ontstaat dat er sprake is van een situatie van botsende grondrechten, waarin het normale stramien van de beperkingsclausules (is de beperking bij wet voorzien, noodzakelijk, proportioneel? etc.) niet goed zou kunnen functioneren. Ik ben van mening dat dat beeld onjuist is en dat ook de Guidelines, ondanks de passage in de preambule en ondanks de vooropstelling van de positieve verplichtingen ter bescherming van de burgers in artikel I, dit beeld niet rechtvaardigen. Integendeel de Guidelines ademen naar mijn mening juist heel nadrukkelijk de geest uit dat ook in de strijd tegen terrorisme de normale afwegingsmechanismen dienen te gelden. Artikel U van de Guidelines stelt: '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.' Artikel UI voegt daaraan toe: '(1) All measures taken by States to combat terrorism must be lawful. (2) When a measure restricts human rights, restrictions must be defined as precisely as possible and be necessary and proportionate to the aim pursued.' In artikel V en VI van de Guidelines wordt verder gewezen op de noodzaak van adequaat onafhankelijk toezicht op de uitoefening van bevoegdheden in de sfeer van terrorismebestrijding die een inmenging in de privacy opleveren en op toegang tot de rechter om de toepassing van dergelijke maatregelen eventueel aan te vechten.¹⁶

¹⁵ EHRM 24 oktober 2002, *Reports* 2002-VIII (Mastromatteo/Italië), § 69-79.

¹⁶ Artikel V van de Guidelines luidt:

Collection and processing of personal data by any competent authority in the field of State security

Within the context of the fight against terrorism, the collection and the processing of personal data by any competent authority in the field of State security may interfere with the respect for private life only if such collection and processing, in particular:

- (i) are governed by appropriate provisions of domestic law;
- (ii) are proportionate to the aim for which the collection and the processing were foreseen;
- (iii) may be subject to supervision by an external independent authority.

Artikel VI luidt:

Measures which interfere with privacy

4. Het ontnemen van de bescherming van grondrechten aan personen die deze grondrechten misbruiken (artikel 17 EVRM)

In Nederlandse parlementaire discussies over de te nemen maatregelen in het kader van terrorismebestrijding is de laatste jaren met een zekere regelmaat gepleit voor het ontnemen van bepaalde grondrechten - met name de uitingsvrijheden - aan vermeende terroristen of andere extremistische personen of groeperingen.¹⁷ Nu is de gedachte dat aan personen die misbruik maken van de vrijheid die hen geboden wordt om bepaalde grondrechten uit te oefenen geen beroep op de bescherming van die grondrechten toekomt niet vreemd aan de internationale mensenrechtenverdragen. Een algemene beperkingsclausule die in vrijwel alle mensenrechtencatalogi voorkomt is de clausule die aangeeft dat de uitoefening van de gewaarborgde grondrechten niet mag geschieden met de bedoeling de rechten en vrijheden van anderen teniet te doen. Voorbeelden van een dergelijke anti-misbruikclausule zijn artikel 30 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM.), artikel 17 EVRM en artikel 54 EU-Grondrechtenhandvest.¹⁸ Voor wat betreft de UVRM en het EVRM ligt de reden voor opname van een dergelijke bepaling in de respectievelijke teksten in de relatieve politieke instabiliteit ten tijde van het opstellen van de verdragen en in de toen nog zeer levende herinnering aan de gruwelijkheden van de Tweede Wereldoorlog en de aanloop daar naartoe.¹⁹

In zekere zin vormen deze bepalingen een uitdrukking van de vooral in het Duitse constitutionele recht uitgewerkte gedachte van *streitbare Demokratie* en 'keine Freiheit für die Feinde der Freiheit'. Bij het opstellen van de naoorlogse Duitse Grondwet (*Grundgesetz*) in 1949 is namelijk een principiële keuze gemaakt voor een bepaalde, materiële democratieopvatting. Deze opvatting stelt aan de Duitse Grondwet de morele eis om bepaalde politieke krachten en stromingen in hun ontwikkelingsvrijheid te beperken of geheel uit het politieke proces uit te schakelen ter bescherming van de 'freiheitliche demokratische Grundordnung':

1. Measures used in the fight against terrorism that interfere with privacy (in particular body searches, house searches, bugging, telephone tapping, surveillance of correspondence and use of undercover agents) must be provided for by law. It must be possible to challenge the lawfulness of these measures before a court.

2. Measures taken to fight terrorism must be planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and, within this framework, the use of arms by the security forces must be strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence or to the necessity of carrying out a lawful arrest.

¹⁷ Pleidooien in deze richting zijn gedaan door CDA-fractievoorzitter Verhagen, LPF-Kamerlid Eerdmans en Kamerlid Wilders (Groep Wilders). Zie o.m. *Kamerstukken II2004/05*, 29 754, nr. 12.

¹⁸ Art. 17 EVRM luidt: 'Nothing in the Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention'. De andere bepalingen zijn vrijwel gelijklopend. Vgl. ook art. 29 lid 3 UVRM, dat qua bedoeling vergelijkbaar is met art. 30 UVRM.

¹⁹ Niet voor niets is een vergelijkbare bepaling ook te vinden in artikel 18 van de Duitse Grundgesetz van 1949.

het samenstel van waarden en fundamentele rechtsbeginselen dat een liberale democratie tot het wezen van haar bestaan rekent.²⁰

Dit principe kwam duidelijk tot uiting in de procedure van het *Bundesverfassungsgericht* over de verbodenverklaring van de Duitse communistische partij in de jaren '50 (het zogenoemde *KPD-Verbotsurteil*). Hierin oordeelde het *Bundesverfassungsgericht*:

'Es nimmt sich aus dem Pluralismus von Zielen und Wertungen, die in den politischen Parteien Gestalt gewonnen haben, gewisse Grundprinzipien der Staatsgestaltung heraus, die, wenn sie einmal auf demokratische Weise gebilligt sind, als absolute Werte anerkannt und deshalb entschlossen gegen alle Angriffe verteidigt werden sollen; soweit zum Zwecke dieser Verteidigung Einschränkungen der politischen Betätigungsfreiheit der Gegner erforderlich sind, werden sie in Kauf genommen.'²¹

De gedachte van zo'n weerbare democratie lijkt de afgelopen jaren, onder invloed van vrees voor militante stromingen met een religieuze achtergrond (in het bijzonder extremistische islamitische opvattingen) ook in Nederland aan aanhang te winnen. Het gebruiken (misbruiken) van grondrechten om te strijden tegen de liberale Nederlandse staatsordening kan niet worden geaccepteerd en daartegen moet van overheidswege worden opgetreden: tegenstanders van de liberale democratische rechtsstaat (in het Duits: *Verfassungsfeinde*) kunnen niet met een beroep op en beschermd door de vrijheden en rechten, die de Grondwet en democratische rechtsstaat hen bieden, diezelfde grondwet en het voortbestaan van de democratische rechtsstaat in gevaar brengen. Op een wellicht wat 'on-Nederlandse' manier wordt zo het liberaal democratische staatsbestel opgevat als de belichaming van een aantal absolute normen en waarden, waaronder vrijheid, gelijkheid, menselijke waardigheid en het streven naar gerechtigheid. Gekoppeld daaraan is een noodzaak om deze staatsordening te beschermen tegen krachten die haar eventueel zouden kunnen aantasten, zonodig met preventief ingrijpen in een vroeg stadium van ontwikkeling van de mogelijke bedreiging.

Vanuit mensenrechtelijke optiek valt tegen deze democratie-opvatting in algemene zin niet direct bezwaar te maken. Sterker nog, het EHRM hanteert bij het invullen van het begrip 'democratische samenleving' zoals dit voorkomt in de bijzondere beperkingsclausules in het EVRM (het tweede lid van de artikelen 8 tot en met 11) bewoordingen die hiermee in belangrijke mate overeenstemmen. Reeds in de 'vroeg' EHRM-jurisprudentie heeft het Hof duidelijk gemaakt dat een 'democratische samenleving' gekenmerkt wordt door 'pluralism, tolerance and broadmindedness' en dat de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst een 'essential foundation' van zo'n samenleving

²⁰Zie o.m. Th.L. Bellekom, *'Verfassungsfeinde' en de openbare dienst* (diss. Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 1987, m.n. hfdst. 1, G. Jasper, 'Die Krise der streitbaren Demokratie', *Deutsches Verwaltungsblatt* 1978, p. 725 e.v. en E. Jesse, *Streitbare Demokratie; Theorie, Praxis und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin: Colloquium 1980.

²¹BVerfGE 5, 85 (139).

vormen.ê- In latere jurisprudentie is daaraan toegevoegd dat democratie het enige politieke model is dat verenigbaar is met het EVRM en dat een democratische samenleving gepaard gaat met een diversiteit aan politieke partijen²³ alsmede met een zekere neutraliteit van de overheid ten aanzien van de binnen de staat naast elkaar bestaande religieuze stromingen en levensbeschouwingen. Tegelijkertijd heeft het Hof daarbij evenwel opgemerkt dat op de overheid een positieve verplichting rust om de diverse religieuze en politieke stromingen in harmonie met elkaar te laten omgaan en dat die met zich kan brengen dat zij maatregelen treft die een inperking van bepaalde rechten en vrijheden oplevert.>' De algemene gedachte van een weerbare democratie heeft dus in zekere zin mensenrechtelijke wortels. De discussie die er - ook vanuit mensenrechtelijk perspectief - over mogelijk is betreft dan ook veeleer het moment waarop de beschermende maatregelen getroffen moeten worden en de proportionaliteit ervan.

De niet zeer omvangrijke jurisprudentie over artikel 17 EVRM biedt in deze discussie op een aantal punten wel houvast. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) heeft artikel 17 consequent uitgelegd als een bepaling die gericht is op het behoud en vrije functioneren van de democratische instituties en de bescherming van die instituties tegen totalitaire groeperingen. Daarom heeft de beperkingsclausule van artikel 17 EVRM vooral betekenis ten aanzien van de politieke rechten en vrijheden (godsdienstvrijheid, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging, vrijheid van vergadering en het kiesrecht; artikel 9-11 EVRM en artikel 3 Eerste Protocol EVRM) en minder ten aanzien de EVRM-bepalingen over de waarborgen bij vrijheidsbeneming en een eerlijk proces (artikel 5 en 6). Dit werd door het EHRM reeds duidelijk gemaakt in het *Lawless-arrest* (1961) Het Hof stelde dat artikel 17:

'which is negative in scope, cannot be construed *a contrario* as depriving a physical person of the fundamental individual rights guaranteed by Articles 5 and 6 of the Convention. In the present instance Lawless has not relied on the Convention in order to justify or perform acts contrary to the rights and freedoms recognised therein but has complained of having been deprived of the guarantees granted in Articles 5 and 6 of the Convention.'²⁵

De ECieRM had in deze zaak reeds aangegeven dat zij er vrijwel van overtuigd was dat Lawless, die in 1956 in een procedure voor een Ierse rechter had toegegeven lid te zijn van de IRA, ten tijde van zijn arrestatie in 1957 (waarop zijn klacht in Straatsburg betrekking had) persoonlijk betrokken was bij terroristische

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

²³ O.m. EHRM 30 januari 1998, *RJ&D* 1998-1 (United Communist Party en anderen/Turkije), § 45.

²⁴ EHRM 22 januari 2003, *RJ&D* 2003-II (Refah Partisi (Welvaartspartij) en anderen/Turkije), § 90-91 en 99. In deze laatste paragraaf van het arrest overweegt het Hof dat 'pluralism and democracy are based on a compromise that requires various concessions by individuals, who must sometimes be prepared to limit some of their freedoms so as to ensure the greater stability of the country as a whole.'

²⁵ EHRM 1 juli 1961, *Series A* Vol. 3 (Lawless/Ierland), p. 45 en 47, r.o. 7.

activiteiten die op zich binnen het bestek van artikel 17 vielen, maar dat hij hiermee zijn mogelijkheid van een beroep op artikel 5 en 6 EVRM *niet* verspeelde:

'Article 17 does not deprive persons who seek to destroy the rights and freedoms set forth in the Convention of the general protection of the rights and freedoms guaranteed therein. It merely precludes such persons from deriving from the Convention a right to engage in any activity or perform any act aiming at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention. This means, for example, that no one may invoke the right to freedom of thought, freedom of press or freedom of assembly and association for the purpose of destroying the free democratic order protected by the Convention. The rights set forth in Articles 5-6 of the Convention, on the other hand, are in no way diminished by Article 17. Thus, an agitator who pursues communist, fascist, national-socialist or, generally, totalitarian aims is entitled to avail himself of the provisions on procedure contained in Articles 5-6.'²⁶

Vertaald naar hedendaagse termen: ook terroristen hebben recht op een eerlijk proces en op de normale mensenrechtelijke waarborgen rondom vrijheidsbeneming, althans de bescherming van deze rechten niet met een beroep op artikel 17 EVRM zonder meer worden ontnomen. Datzelfde geldt overigens voor de rechten die op grond van artikel 1, tweede lid, EVRM 'notstandsfest' zijn, waaronder het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM), het verbod van retroactiviteit van de strafwet (artikel 7 EVRM) en het verbod tot oplegging van de doodstraf (Zesde en Dertiende Protocol EVRM).²⁷ In de literatuur wordt daarnaast betoogd dat ook het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) en de procesgaranties uit het Zevende Protocol (artikelen 1-4) buiten het bereik van artikel 17 EVRM vallen.²⁸

²⁶ ECieRM 19 december 1959, appl.no. 332/57 (*Lawless/Ierland*), *Series B* 1960/61, p. 180. Daarom verschilde de zaak *Lawless* in de ogen van de Commissie (en trouwens ook die van het Hof) nadrukkelijk van de eerdere zaak over de verbodenverklaring door de autoriteiten van de Duitse Bondsrepubliek van de *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD), omdat in die zaak door de KPD een beroep was gedaan op de artikelen 8, 9 en 10 EVRM en de uitoefening van die rechten gezien de doelstelling van de KPD - vestiging van een communistische maatschappijordening door middel van revolutie en een dictatuur van het proletariaat - zonder meer handelingen met zich zou brengen die gericht zouden zijn op de vernietiging van de rechten en vrijheden zoals gewaarborgd door het EVRM (*Idem*, p. 45, r.o. 6 en ECieRM 20 juli 1957, appl.no. 250/57 (*Kommunistische Partei Deutschlands/BRD*), *Yearbook ECHR* 1955-1956-1957 (Vol. 1), p. 222-225. De Commissie volgde een vergelijkbare redenering in ECieRM 11 oktober 1979, appl.no. 8348/78 en 8406/78 (*Glimmerveen & Hagenbeek/Nederland*), *D&R* Vol. 18, p. 187-197.

²⁷ Zie hierover ook art. X van de Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism. Dit artikel luidt: (1) The penalties incurred by a person accused of terrorist activities must be provided for by law for any action or omission which constituted a criminal offence at the time when it was committed; no heavier penalty may be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed, (2) Under no circumstances may a person convicted of terrorist activities be sentenced to the death penalty; in the event of such a sentence being imposed, it may not be carried out.

²⁸ Y. Haeck, 'Artikel 17: Verbod van rechtsmisbruik', in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM*, Deel 2 – Artikelsgewijze Commentaar, Vol. II, Antwerpen-Oxford: Intersentia, p. 261-262.

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

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

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

'They are not justifiable in so far as the deprivation of freedom of expression in regard to non-political matters, which they contain, is imposed inflexibly for life without any provision for its relaxation when with the passage of time public morale and public order have been re-established and the continued imposition of that particular incapacity has ceased to be a measure "necessary in a democratic society", within the meaning of Article 10, paragraph 2, of the Convention.'³⁰

Hieruit kan mijns inziens een terughoudendheid van het EHRM worden afgeleid ten aanzien van de temporele effecten van toepassing van artikel 17 op een bepaald moment. Deze terughoudendheid is ook te zien in de Nederlandse regelgeving omtrent uitsluiting uit het kiesrecht. Ingevolge artikel 53 Grondwet kan uitsluiting uit het kiesrecht door de rechter alleen als bijkomende straf opgelegd worden indien daarnaast ook een hoofdstraf van ten minste één jaar

²⁹ ECieRM 8 januari 1960, appl.no. 214/56 (De Becker/België), *Series B* 1962, p. 137-138.

³⁰ EHRM 27 maart 1962, *Series A* Vol. 4 (De Becker/België), p. 12

word opgelegd. Het Wetboek van Strafrecht bepaalt dat uitsluiting uit het kiesrecht en enkele andere rechten (zoals het recht om bepaalde ambten te bekleden of bepaalde beroepen uit te oefenen) alleen kan worden opgelegd bij een veroordeling vanwege bepaalde delicten: misdrijven tegen de staatsveiligheid, misdrijven tegen de koninklijke waardigheid en misdrijven tegen bevriende staatshoofden en andere internationaal beschermde personen.³¹ Ingevolge artikel 31 Sr. is de duur waarvoor een veroordeelde ontzet kan worden uit bepaalde rechten veelal beperkt. Indien de hoofdstraf een levenslange gevangenisstraf is, geldt de uitzetting uit bepaalde rechten ook voor het leven.³² maar bij een gevangenisstraf van beperkte duur mag de uitsluiting uit bepaalde rechten de duur van de gevangenisstraf niet meer dan vijf jaar overschrijden. Indien de hoofdstraf een geldboete is, kan de uitsluiting uit bepaalde rechten voor een termijn van ten minste twee en ten hoogste vijf jaren worden opgelegd.

Terughoudendheid bij de toepassing van artikel 17 bleek ook uit het EHRM-arrest *Lehideux & Isorni/Frankrijk*. Hierin gaf het Hof aan dat slechts van 'misbruik' van de vrijheid van meningsuiting kan worden gesproken als het gaat om uitingen die daadwerkelijk en rechtstreeks aanzetten tot haat of anderszins de rechten en vrijheden van anderen trachten teniet te doen en niet slechts als het gaat om uitingen die er toe pleiten bepaalde (door velen verwerpelijk geachte) handelingen in een ander perspectief te plaatsen of op een andere wijze te beoordelen.³³ Dit neemt echter niet weg dat de tekst en strekking van artikel 17 EVRM soms ook een rol kan spelen bij de toetsing aan de bijzondere beperkingsclausules die in sommige EVRM artikelen zijn opgenomen, met name bij de bepaling of een bepaalde beperking noodzakelijk was in een democratische

³¹ Zie art. 28, 106, 114, 120 en 130 Sr.

³² Opvallend genoeg werd deze bijkomende straf *niet* opgelegd aan Mohammed B., die op 2 november 2004 filmregisseur en columnist Theo van Gogh op straat doodstak, omdat hij hem als vijand van de islam aanmerkte, en het VVD-Kamerlid Hirsi Ali schriftelijk met de dood bedreigde. Voor dit laatste feit vorderde het OM uitsluiting uit het kiesrecht ex art. 121 jo 130 Sr. De rechtbank wees deze eis echter niet toe, met wat mij betreft de wat curieuze redenering dat gezien de extremistisch islamitische opvattingen B. toch niet te verwachten viel dat hij ooit van het actief en passief kiesrecht gebruik zou willen maken. Zie Rb. Amsterdam 26 juli 2005, LJN AU002S. De rechtbank merkte overigens de moord op Van Gogh wél aan als een handeling met een terroristisch oogmerk, dat wil zeggen met het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van Nederland ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen (zie art. 83a Sr.). Deze karakterisering maakt echter niet dat hierdoor ook een moord op een persoon als Van Gogh een delict wordt waarbij uitsluiting uit bepaalde rechten als (bijkomende) straf kan worden opgelegd.

³³ EHRM 23 september 1998, *RJ&D* 1998-VII (*Lehideux & Isorni/Frankrijk*), § 37, waarin met instemming het oordeel van de ECieRM op dit punt wordt aangehaald: 'In its decision on the admissibility of the application (...), the Commission expressed the opinion that Article 17 could not prevent the applicants from relying on Article 10. It considered that the advertisement which had given rise to the applicants' conviction did not contain any terms of racial hatred or other statements calculated to destroy or restrict the rights and freedoms guaranteed by the Convention. As the Paris Court of Appeal had recognised in its judgment of 26 January 1990, the applicants' object had been to secure revision of Philippe Pétain's trial. Furthermore, it could not be deduced from the text that the applicants' expression of their ideas constituted an "activity" within the meaning of Article 17.'

samenleving. Dit kwam onder meer naar voren in de zaak *Kiihnen/BRD* waarin de ECieRM moest oordelen of de strafrechtelijke veroordeling van een journalist vanwege het publiceren van pamfletten waarin het herstel van de nationaal-socialistische staatsordening en de wederinvoering van het maken van onderscheid op grond van ras werden bepleit noodzakelijk was in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid en ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De Commissie verwees naar artikel 17 en stelde vervolgens:

'[f]he Commission finds that the applicant *is* essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 of the Convention as a basis for activities which are (...), contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention. Under these circumstances the Commission concludes that the interference at issue was "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 10 para. 2 (...) of the Convention.'³⁴

Het EHRM volgde een vergelijkbare koers in de hierboven reeds genoemde zaak *Lehideux & Isorni/Frankrijk*. Beide klagers waren strafrechtelijk veroordeeld vanwege 'openbare verdediging van oorlogsmisdrijven of collaboratie', omdat zij in een krantenartikel bepaalde daden van Philippe Pétain hadden verdedigd en in een positief perspectief hadden geplaatst. Bij de beoordeling of de strafrechtelijke veroordeling een al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM opleverde en in reactie op het beroep op artikel 17 door de Franse regering, gaf het Hof aan:

'The Court will rule on the application of Article 17 in the light of all the circumstances of the case. It will accordingly begin by considering the question of compliance with Article 10, whose requirements it will however assess in the light of Article 17.'³⁵

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

³⁴ ECieRM 12 mei 1988, appl.no. 12194/86 (*Kühnen/BRD*) *D&R* Vol. 56, p. 205. Deze redenering hanteert de Commissie vrijwel altijd in zaken m.b.t. racistische of anti-semitische uitingen, zie ECieRM 29 maart 1993 (ontv.besl.), appl.no. 19459/92 (*F.P./Guitsland*), ECieRM 2 september 1994 (ont.besl.), appl.no. 21318/93 (*Ochsenberger/Oostenrijk*) en ECieRM 18 oktober 1995, appl.no. 25062/94 (*Honsik/Oostenrijk*).

³⁵ EHRM 23 september 1998, *Reports* 1998-VII (*Lehideux & Isorni/France*), § 38. Vgl. ook EHRM 30 januari 1998, *Reports* 1998-1 (*United Communist Party of Turkey and Others/Turkey*), § 32.

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

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

Uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie komt naar voren dat toepassing van artikel 17 EVRM vooral een rol speelt in verband met de uitingsvrijheid. Juist met betrekking tot die uitingsvrijheid is de laatste tijd sprake van ontwikkelingen en voorstellen tot nieuwe regelgeving. Ik denk dan in het bijzonder aan het zowel in EU-verband als door de Nederlandse regering gedane voorstel om te komen tot strafbaarstelling van apologie: het verheerlijken of goedpraten van ernstige misdrijven, toegespitst op terroristische misdrijven.³⁷ Ook in de *Council Of Europe Convention for the Prevention Of Terrorism* is hierover een artikel opgenomen: artikel 5 over 'public provocation to commit a terrorist offence'. Onder 'public provocation to commit a terrorist offence' moet volgens dit artikel worden verstaan: 'the distribution, or otherwise making available, of a message to the public, with the intent to incite the commission of a terrorist offence, where such conduct, whether or not directly advocating terrorist offence, causes a danger that one or more of such offences may be committed.' De tekst van dit artikel is tot stand gekomen na een tamelijk hoog oplopende discussie met de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa. In een concept-versie van de verdragstekst was namelijk sprake van een (nog) ruimere omschrijving die ertoe zou leiden dat ook uitingen die 'although not directly advocating such acts, would be reasonably interpreted to have that effect, inter alia, by presenting an act of terrorism as necessary and justified' strafbaar gesteld zouden moeten worden indien deze uitingen zouden leiden tot een 'likelihood' dat bepaalde terroristische misdrijven gepleegd zouden worden.³⁸ Tegen deze ruime formulering rees groot verzet binnen de Parlementaire Vergadering.³⁹ Terecht, want deze ruime

³⁶ EHRM 13 februari 2003, *Reports* 2003-II (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey), § 96.

³⁷ Zie Kaderbesluit nr. 2002/475/JBZ inzake terrorismebestrijding van de Raad van de EU, d.d. 13 juni 2002, *PbEG* 2002, L 164/3 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29754, nr. 5, p. 12.

³⁸ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doe. 10396, d.d. 14 januari 2005, Draft Convention for the prevention of terrorism, request for an opinion from the Committee of Ministers.

³⁹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doe. 10423, Report of the Committee on legal Affairs and Human Rights en Opinion No. 255 (2005).

formulering stond op zeer gespannen voet met de criteria die *uit* de Straatsburgse jurisprudentie zijn af te leiden als het gaat om beperkingen op de uitingsvrijheid. Het voert te ver om deze jurisprudentie hier geheel te behandelen.⁴⁰ Duidelijk is echter dat de in de ontwerp-tekst voorgestelde formulering, die doet denken aan een soort 'voorwaardelijk opzet'-constructie (willens en wetens het risico nemen dat bepaalde uitingen, hoewel ze niet direct aanzetten tot geweld of andere misdrijven, door het publiek of degenen tot wie de uiting gericht is worden uitgelegd als een rechtvaardiging voor bepaalde daden) zich zeer moeizaam verhoudt tot artikel 11 EVRM. Weliswaar speelt bij de interpretatie van uitingen door het EHRM de context een belangrijke rol, zowel wat betreft de persoon die een bepaalde uitlating doet, de wijze waarop deze wordt verspreid (artistieke uiting of uiting in massamedia) als de maatschappelijke omstandigheden waaronder dit gebeurt, maar in de eerste plaats is toch de inhoud leidinggevend. Zoals ik de jurisprudentie lees, laat die weinig tot geen ruimte voor een strafbaarstelling van uitingen die niet direct aanzetten tot haat of geweld.⁴¹ Ik heb daarbij zelfs wel eens mijn twijfels uitgesproken over de EVRM-compatibiliteit van artikel 137c Sr. (belediging van een bevolkingsgroep vanwege ras, godsdienst, levensovertuiging of seksuele gerichtheid) voor zover die veel verder zou gaan dan de strafbaarstelling in artikel 137d Sr (aanzetten tot haat, discriminatie of geweld).⁴² Hierboven werd al duidelijk dat ook voor toepassing van artikel 17 EVRM een rechtstreekser aanzetten tot haat of geweld aan de orde moet zijn.

Wat mij betreft is het nog maar de vraag of de uiteindelijke tekst van artikel 5 van de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism* nu geheel in overeenstemming is met de EVRM-criteria. Weliswaar spreekt het artikel nu van een 'intent' (bedoeling) om aan te zetten tot een terroristisch misdrijf, maar of dit moet worden opgevat als een opzettelijk en direct aanzetten tot is niet geheel duidelijk. Het lijkt zelfs onwaarschijnlijk, nu in het artikel ook staat dat het kan gaan om gedrag dat niet rechtstreeks het verrichten van terroristische misdrijven bepleit maar wel het gevaar veroorzaakt dat deze zullen plaatsvinden. Ook deze formulering laat mijns inziens nog ruimte voor een soort 'voorwaardelijk opzet'-uitleg, die misschien wel te ver gaat (al is de Straatsburgse jurisprudentie niet 100% helder op dit punt).⁴³

⁴⁰ Ik verwijs daarvoor naar M. Aksu, 'Beperking van de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) met een beroep op terrorismebestrijding', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 384-397.

⁴¹ De liefhebbers verwijs ik naar mijn in november 2005 te verschijnen proefschrift: *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Beperking en opschorting van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, m.n. § 5.6.5 en 5.8.6.

⁴² Zie mijn noot bij HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (Van Dijke), in: *NJCM-Bulletin* 2001, p. 741-753 en bij Rb. Rotterdam 8 april 2002 (El Moumni), *NJCM-Bulletin* 2002, p. 1012-1019 (samen met M.E. de Haseth en K.R. Starreveld).

⁴³ EHRM 25 november 1997, *Reports* 1997-VII (Zana/Turkije), § 59-60, lijkt uit te gaan van een soort 'voorwaardelijk opzet'-concept: als onder bepaalde zeer gespannen omstandigheden bepaalde woorden worden gehanteerd die al te makkelijk de lont in het kruitvat kunnen doen slaan, ook al zijn ze niet specifiek bedoeld om dit te laten gebeuren, kan de inbreuk op de uitingsvrijheid die dit beoogt te voorkomen of te bestraffen gerechtvaardigd zijn. Andere EHRM-arresten lijken echter sterker te neigen naar de eis dat het verbieden of bestraffen van uitingen alleen is toegestaan indien

5. Opschorting van de bescherming van bepaalde grondrechten vanwege het bestaan van een ernstige crisissituatie (artikel 15 EVRM)

In maart van dit jaar antwoordde de Minister van Justitie op een vraag van het Tweede-Kamerlid Wilders naar de eventuele bereidheid van de regering om vermeende terroristen preventief te detineren als volgt:

'Het Wetboek van Strafvordering voorziet niet in de mogelijkheid iemand preventief te detineren zonder dat daaraan de verdenking van een strafbaar feit ten grondslag ligt (interneren). Deze wetgeving is in overeenstemming met het EVRM. Op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag mag in Nederland wel in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, maar alleen in die gevallen dat de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist, worden overgegaan tot interneren. Van een dergelijke toestand is geen sprake.'

Uit de woorden van de minister mag niet alleen worden afgeleid dat hij in de hedendaagse dreiging van terrorisme geen aanleiding ziet om de Nederlandse noodwetgeving (het staatsnoodrecht) van toepassing te verklaren, maar ook dat hij in die dreiging geen noodsituatie ziet zoals bedoeld in artikel 15 EVRM. Dit artikel biedt de mogelijkheid aan de verdragsstaten om in geval van een 'noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt' de bescherming van bepaalde grondrechten tijdelijk op te schorten.^{s>} Hiermee komt hij tot een andere conclusie dan de Britse regering die in de maanden na 11 september 2001 in razende vaart een nieuwe terrorismebestrijdingswet tot stand bracht en door het parlement loodste: de *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* (hierna ATCS Act). Ondanks grote nationale en internationale druk vanuit de VN, de Raad van Europa en diverse NGO's waren in deze wet maatregelen voorzien die een afwijking met zich brachten van de verplichtingen onder artikel 5 EVRM. De wet voorzag namelijk in een preventieve administratieve detentie van vreemdelingen ten

de betreffende uitingen duidelijk bedoeld zijn om aan te zetten tot geweld (zie m.n. EHRM 8 juli 1999, appLnos. 23927/94 en 24277/94 (Sürek en Özdemir/Turkije), § 30).

⁴⁴ Kamerstukken II 2004/05, 29754, nr. 6, p. 9-10.

⁴⁵ Artikel 15 stelt daarbij echter wel een zevental voorwaarden en grenzen: (a) het uitroepen van een grondrechtenopschortende noodtoestand is slechts toegestaan ingeval van een crisissituatie die dermate ernstig is dat het voortbestaan van de natie erdoor bedreigd wordt (het bedreigingscriterium); (b) de grondrechtenopschortende noodtoestand moet officieel worden afgekondigd; (c) grondrechtenopschortende noodmaatregelen zijn slechts gerechtvaardigd indien zij strikt noodzakelijk zijn en in een redelijke verhouding staan tot doel waartoe zij dienen, namelijk de bestrijding van de crisissituatie; (d) het treffen van grondrechtenopschortende noodmaatregelen mag niet geschieden op willekeurige of discriminatoire gronden; (e) bepaalde grondrechten - de *notstandsfeite* rechten - kunnen nimmer worden opgeschort en mogen derhalve onder geen enkele omstandigheid verder worden ingeperkt dan is toegestaan op grond van de normale beperkingsclausule (zo die bij het betreffende recht is opgenomen); (f) de opschorting van bepaalde grondrechten mag geen schending opleveren van andere internationaal-rechtelijke verplichtingen die op de betreffende staat rusten; (g) opschorting van bepaalde grondrechten is pas toegestaan na internationale notificatie. Ik bespreek in deze bijdrage niet al deze voorwaarden. Zie daarvoor mijn in november te verschijnen proefschrift. (*supra* noot 41).

aanzien van wie vermoedens rezen van betrokkenheid bij terroristische activiteiten. Deze kon worden toegepast jegens vreemdelingen ten aanzien van wie niet voldoende bewijzen beschikbaar waren om te komen tot een strafrechtelijke vervolging of veroordeling en evenmin mogelijkheden waren om over te gaan tot uitzetting naar het land van herkomst, vanwege het reële risico op een onmenselijke behandeling of bestraffing aldaar (dus vanwege het gevaar van schending van artikel 3 EVRM). De toepassing van deze administratieve detentie, die voor onbepaalde tijd kon worden opgelegd, was echter niet onderworpen aan een onafhankelijke rechterlijke controle hetgeen strijd opleverde met artikel 5, derde lid, EVRM. Dit artikellid eist immers dat iemand die gearresteerd en gedetineerd wordt 'promptly' voor een onafhankelijke autoriteit wordt geleid die kan beslissen over de rechtmatigheid van de arrestatie en gevangenhouding.⁴⁶ De Britse regering trachtte hieraan te ontkomen door een beroep te doen op artikel 15 EVRM en de verplichtingen onder artikel 5 EVRM op te schorten.

In een eerdere publicatie heb ik reeds uitvoerig stilgestaan bij de redenen waarom dit Britse beroep op artikel 15 EVRM in deze omstandigheden en gegeven het karakter van de Britse maatregelen naar mijn mening niet door de EVRM-beugel kan: (a) omdat de terrorismedreiging niet beschouwd kan worden als een 'public emergency threatening the life of the nation' in de zin van artikel 15 EVRM, aangezien de terroristische activiteiten - hoe ernstig ook - niet zodanig zijn dat zij het functioneren van de staatsorganen en de rechterlijke macht zeer wezenlijk belemmeren en (b) omdat de maatregel van administratieve detentie voor onbepaalde tijd disproportioneel is en dus verder gaat dan 'to the extent strictly required by the exigencies of the situation' zoals bedoeld in artikel 15 EVRM.⁴⁷ Ik voeg daar op deze plaats nog aan toe dat de problemen met de toepassing van de administratieve detentie niet alleen gelegen waren in het ontbreken van een voldoende noodzaak om deze grondrechtenopschortende noodmaatregel te treffen en in de duur ervan, maar ook in de inrichting van de *review-procedure* waarin de ACTS Act voorzag. Het besluit tot oplegging van administratieve detentie kon worden getoetst door de Special Immigration Appeals Commission (SIAC). Deze SIAC nam echter in deze procedure ook kennis van geheime informatie van de zijde van de Britse veiligheidsdiensten tijdens geheime hoorzittingen waarbij de betrokken vreemdeling niet aanwezig mocht zijn. De vreemdeling kreeg een speciale advocaat toegewezen met een 'security clearance' die wel toegang kon krijgen tot de geheime informatie en de

⁴⁶ Waarbij 'promptly' in lijn met EHRM 28 oktober 1988, *Series A* vol. 145-B (Brogan en anderen/VK) uitgelegd moet worden als: in ieder geval binnen periode die korter is dan vier dagen en zes uur.

⁴⁷ J.P. Loof, 'Hoe Osama Bin Laden het Verenigd Koninkrijk een noodtoestand bezorgde. Enkele aspecten van het spanningsveld tussen terrorisme en mensenrechtenbescherming', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 141-145. Zie ook art. VII van de Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism over *arrest and police custody*: '(1) A person suspected of terrorist activities may only be arrested if there are reasonable suspicions. He/she must be informed of the reasons for the arrest. (2) A person arrested or detained for terrorist activities shall be brought promptly before a judge. Police custody shall be of a reasonable period of time, the length of which must be provided for by law. (3) A person arrested or detained for terrorist activities must be able to challenge the lawfulness of his/her arrest and of his/her police custody before a court.'

geheime hoorzittingen. Deze advocaat mocht echter over deze informatie en zittingen niet communiceren met de vreemdeling en ook geen instructies van de vreemdeling ontvangen. Dit deed de voorzitter van het *Constitutional Affairs Committee* van het Britse Parlement in april 2005 opmerken: 'The Special Advocate system lacks the most basic features that make for a fair trial.'⁴⁸

Nadat in december 2004 een hoger-beroepskamer van het Britse House of Lords dit onderdeel van de ATCS Act onrechtmatig oordeelde vanwege het discriminatoire (alleen op vreemdelingen gerichte) en daardoor disproportionele karakter van de administratieve detentie is in het Verenigd Koninkrijk inmiddels een nieuwe terrorismebestrijdingwet tot stand gebracht.⁴⁹ Daarin is de administratieve detentie vervangen door een scherpe vorm van huisarrest en meldingsplicht bij de politie. Deze nieuwe maatregel kan niet alleen worden toegepast ten aanzien van vreemdelingen, maar ten aanzien van iedereen, om zo het discriminatoire karakter eraan te ontnemen.⁵⁰ Het probleem dat er sprake is van een (zij het mildere) vorm van vrijheidsbeneming zonder enig onafhankelijk rechterlijk toezicht is daarmee echter niet opgelost en dus blijft de vraag naar de EVRM-compatibiliteit van ook deze nieuwe wet nadrukkelijk aanwezig

Het is verheugend - en juridisch zeer terecht - dat de Nederlandse regering vooralsnog niet overweegt om in het kader van de strijd tegen terrorisme de weg van opschorting van bepaalde grondrechten met een beroep op artikel 15 EVRM in te slaan. Het gevaar dat in Nederland allicht eerder zal dreigen is dat door de optelsom van alle tot stand gebrachte en nog tot stand te brengen anti-terroriswetten (denk aan het gebruik van AIVD-informatie in het strafproces, de bijzondere bevoegdheden voor politie en OM bij de opsporing en vervolging van terroristen etc.) in dermate grote mate beperkingen worden aangebracht op de 'normale' waarborgen omtrent vrijheidsbeneming en eerlijk proces dat - zonder dat een beroep op artikel 15 EVRM wordt gedaan - in wezen een beschermingsniveau bereikt wordt dat alleen toelaatbaar is indien de omstandigheden van artikel 15 zich voordoen. Hierbij past alertheid van de zijde van het parlement als medewetgever en aan de zijde van internationale toezichthoudende organen aan wie wellicht in de toekomst klachten over de toepassing van deze wetgeving worden voorgelegd.

6. Het 'normale' afwegingskader en de *margin of appreciation*

Noch de positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM, noch artikel 17 EVRM, noch artikel 15 EVRM is naar mijn mening een aanleiding om onder de huidige omstandigheden terrorismebestrijdingsmaatregelen te beoordelen aan de hand van een andere maatstaf dan de 'normale' maatstaf zoals die altijd moet worden toegepast bij maatregelen die een inmenging betekenen in de uitoefening van bepaalde mensenrechten. Ik herhaal nog maar een keer dat ook in de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* juist wordt benadrukt dat

⁴⁸ Zie <http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/conaffcom/cac020405pn16.cfm>.

⁴⁹ Zie daarover mijn in noot 47 *supra* genoemde artikel.

⁵⁰ Zie ook R. de Lange, 'Noodrecht en grondrechten', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 541-545.

de maatregelen die staten nemen in de strijd tegen terrorisme in overeenstemming moeten zijn met de geldende mensenrechtennormen en het beginsel van de Rule of Law. Zij mogen niet willekeurig zijn, geen discriminerende of racistische behandeling met zich brengen en moeten onderworpen zijn aan voldoende toezicht ter voorkoming van misbruik. Voor anti-terrorisemaatregelen geldt in beginsel het 'normale' EVRM-afwegingskader, namelijk dat maatregelen die een inmenging met zich brengen in de uitoefening van mensenrechten (1) bij wet voorzien moeten zijn [wettigheidsvereiste = voorzienbaarheid en toegankelijkheid], (2) noodzakelijk moeten zijn vanwege een dringende maatschappelijke behoefte [noodzakelijkheidsbeginsel] en (3) in een redelijke verhouding moeten staan tot het legitieme doel dat ermee wordt nagestreefd [proportionaliteitsbeginsel].

Nu wordt in het algemeen in de EVRM-literatuur opgemerkt dat de Straatsburgse organen bij de toetsing van maatregelen die te maken hebben met de bescherming van de staatsveiligheid, waartoe ik anti-terrorisemaatregelen reken, veelal een ruime *margin of appreciation* laten aan de nationale autoriteiten. In gevoelige kwesties die raken aan de staatsveiligheid hebben de nationale autoriteiten een ruime beoordelingsvrijheid om zelf te bepalen welke maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn. Uit de wat oudere jurisprudentie van het EHRM zou dit inderdaad kunnen worden afgeleid, met name uit de arresten *KJass/BRD* (1978) en *Leander/Zweden* (1987).⁵¹

Het uitgangspunt van het EHRM werd neergelegd in *KJass-arrest*, over het afluisteren van de advocaat van één van de RAF-verdachten. Het Hof stelde dat staten 'a certain discretion' (*margin of appreciation*) hebben bij de regulering van onderzoek naar personen door veiligheidsdiensten, maar dat die beoordelingsvrijheid niet onbepert is. Vanwege het gevaar dat wetgeving op dit vlak een situatie oplevert van 'undermining or even destroying democracy on the ground of defending it' mag ook in het kader van de bestrijding van spionage en terrorisme niet willekeurig elk middel worden aangewend en moet voorzien worden in adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik. Ook in de zaak *Leander* ging het om onderzoeken die door, in dit geval de Zweedse, veiligheidsdiensten verricht waren. *In casu* met het oog op de benoeming van een persoon in een bepaalde 'gevoelige' functie, dat wil zeggen een functie met (nationale) veiligheidsrisico's (functies die in Nederland worden aangeduid als 'vertrouwensfuncties'). Het EHRM maakte in deze zaak duidelijk dat het feit dat de Zweedse wetgeving met betrekking tot veiligheidsonderzoeken van (beoogde) vertrouwensfunctionarissen gericht was op de bescherming van de staatsveiligheid een tweetal consequenties had: één met betrekking tot de wettelijke basis voor de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en één met betrekking tot de aan de staat toekomende *margin of appreciation*. Het Hof gaf aan dat wetgeving inzake veiligheidsonderzoeken ter bescherming van de staatsveiligheid noodzakelijkerwijs wat ruimhartiger beoordeeld moet worden op compatibiliteit met het voorzienbaarheids criterium: zulke wetgeving hoeft niet dusdanig precies te zijn

⁵¹ EHRM 6 september 1978, *Series A* Vol. 28 (Klass en anderen/BRD) en EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (Leander/Zweden).

dat daaruit volstrekt helder wordt in welke gevallen er nu precies een onderzoek wordt uitgevoerd door de veiligheidsdiensten.

Als gekeken wordt naar de wat recenter jurisprudentie - sinds midden jaren '90 - over kwesties rakend aan de staatsveiligheid dan lijkt het EHRM de voorzienbaarheidsmaatstaven met betrekking tot wetgeving inzake het aanleggen van persoonsdossiers door veiligheidsdiensten enigszins te hebben aangescherpt. In het arrest *Amann/Zwitserland* uit 2000 stelde het Hof dat regelgeving op dit terrein 'must specify the conditions in which' dergelijke dossiers 'may be created, the procedures that have to be followed, the information which may be stored or comments which might be forbidden'⁵² In het arrest *Rotaru/Roemenië* uit datzelfde jaar werd deze lijn doorgetrokken. Het feit dat de toepasselijke Roemeense wetgeving niet voorzag in regels met betrekking tot de soort van informatie die door de veiligheidsdiensten verzameld en opgeslagen mocht worden, de categorieën van personen die bespied zouden mogen worden, de omstandigheden waaronder tot bespieding zou mogen worden overgegaan, de procedure die dan gevolgd zou moeten worden en de periode gedurende welke de verzamelde gegevens bewaard zouden mogen worden, werd door het Hof in strijd met het voorzienbaarheids criterium geoordeeld.⁵³ Dit arrest bevestigde tevens dat het Hof bereid is om een ruime definitie van 'private' persoonsgegevens en daarmee aan de bescherming van het privé-leven van artikel 8 EVRM een ruim toepassingsgebied toe te kennen. De Roemeense regering betoogde in deze zaak dat de informatie die over de verzoeker was opgeslagen slechts betrekking had op op diverse aspecten van zijn openbare leven: lidmaatschap van een politieke beweging, publicatie van politieke pamfletten, verbondenheid met een politieke partij en een strafregister. Niettemin aarzelde het Hof niet om te stellen dat deze informatie onder het toepassingsgebied van het privé-leven valt, met name wanneer de overheid zulke gegevens systematisch bewaart en opslaat.

Het Hof benadrukt in de recente jurisprudentie echter evenzeer dat aan de verdragsstaten met betrekking tot onderzoek door veiligheidsdiensten, mits voldaan is aan bovengenoemde eisen ten aanzien van de wetgeving terzake, een *margin of appreciation* toekomt die met zich brengt dat ook in bijzonder 'gevoelige'

⁵² EHRM 16 februari 2000, *Reports* 2000-II (*Amann/Zwitserland*), § 76.

⁵³ EHRM 4 mei 2000, *Reports* 2000-V (*Rotaru/Roemenië*), § 56-57. In hoofdzaak betreft dit arrest de manier waarop Roemenië omging met de erfenis van de veiligheidsdienst van het autoritaire regime uit het verleden. De beklagde had van een Roemeense rechtbank gelijk gekregen in een proces waarin hij een veroordeling tot gevangenisstraf, opgelopen in 1948 wegens politieke meningsuiting, in rekening wou brengen bij het berekenen van zijn pensioenrechten. Tijdens het proces kwam echter op toevallige wijze aan het licht dat de Roemeense veiligheidsdienst (van na de omwenteling) wel erg onzorgvuldig omsprong met de informatie in haar archieven (grotendeels geërfd van de beruchte *Sekuritate* uit het Communistische tijdperk. De nieuwe Roemeense wetgeving bleek de bevoegdheid van de geheime dienst om informatie te vergaren en te gebruiken niet precies te reguleren, en voorzag evenmin een controlesysteem dat waarborgen biedt tegen misbruik. Zo kon het gebeuren dat een brief werd opgesteld waarin foutieve informatie over de verzoeker was opgenomen, ogenschijnlijk wegens een persoonsverwisseling. Een eenvoudige controle had dit kunnen voorkomen, aangezien de informatie ging over een universiteitsstudent en de verzoeker in die periode nog scholier was. En zo kon het ook gebeuren dat een vonnis dat de fout vaststelde niet automatisch leidde tot het verwijderen van de brief uit de archieven en het voorkomen van verder gebruik ervan.

situaties inbreuken op de privacy of het communicatiegeheim toelaatbaar zijn. Dit komt onder meer duidelijk naar voren in een ontvankelijkheidsbeslissing uit 2001 over een zaak waarin de correspondentie tussen een advocaat en zijn van PKI(-terrorisme verdachte cliënt was onderschept (de zaak *Erdem/Duitsland*). Het Hof maakt daarin duidelijk dat onder bepaalde omstandigheden in het kader van de strijd tegen terrorisme en de bescherming van de staatsveiligheid maatregelen getroffen kunnen worden die afwijken van de normale regels over de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een verdachte en zijn advocaat, mits in de wet voldoende waarborgen tegen misbruik zijn neergelegd.⁵⁴ Deze uitspraak is bijzonder, omdat het Hof in beginsel aan de verdragsstaten slechts een zeer smalle beoordelingsmarge toekent als het gaat om controle van de correspondentie van een verdachte. Dat heeft het Hof herhaaldelijk in de jurisprudentie aangegeven,⁵⁵ zij het dat daarbij wel ruimte werd gelaten voor uitzonderingssituaties.⁵⁶ In deze zaak diende zich zo'n uitzonderingssituatie aan, namelijk de reële dreiging van PKK-terrorisme in Duitsland, omdat in dat land nu eenmaal veel Turken van Koerdische komaf wonen. Dit rechtvaardigt in de ogen van het Hof een ruimere beoordelingsmarge voor de Duitse autoriteiten en mitsdien een terughoudender toetsing van de inbreuk op de privacy.⁵⁷

De zaak *Erdem/Duitsland* neemt echter niet weg dat de algemene lijn van het EHRM toch wijst in de richting van een aanscherping van het wettigheidsvereiste op punt van voorzienbaarheid en waarborgen tegen misbruik. De toetsing aan het wettigheidsvereiste en die aan het proportionaliteitsvereiste grijpen zo in elkaar: een te ruim geformuleerde mogelijkheid tot inmenging in een bepaald grondrecht voldoet niet aan het wettigheidsvereiste en, omdat de mogelijk gemaakte inbreuk verder gaat dan noodzakelijk, ook niet aan het proportionaliteitsvereiste. Dit heeft zijn effecten voor de aan de nationale autoriteiten toekomende *margin of appreciation*. De hierboven reeds aangehaalde artikelen II, III, V en VI van de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* sluiten aan bij de algemene jurisprudentiële lijn van het EHRM: beperkingen van grondrechten in het kader van terrorismebestrijding moeten zo precies mogelijk geformuleerd worden.

Wat betreft de *margin of appreciation* die het EHRM aan de verdragsstaten laat in zaken die gaan over maatregelen die getroffen zijn in het kader van de

⁵⁴ EHRM 5 juli 2001, *Reports* 2001-VII (*Erdem/Duitsland*), § 65-69.

⁵⁵ Zie o.m. EHRM 18 november 1978, *Series A* vol. 28 (Klass en anderen/BRD), §. 48; EHRM 25 maart 1992, *Series A* vol. 233 (Campbell/VK), § 47-48; EHRM 24 juli 2001, *Reports* 2001-VIII (Valasinas/Litouwen), § 126-130.

⁵⁶ In het arrest *Campbell/VK* (zie de voorgaande voetnoot) sprak het Hof al hypothetisch over eventueel misbruik van de bescherming van vertrouwelijkheid tussen advocaat en verdachte, en over acute dreiging van gevaar voor de veiligheid in de gevangenisinrichting die zouden kunnen nopen tot toezicht op de correspondentie. In *Campbell/VK* was van dergelijke omstandigheden echter geen sprake.

⁵⁷ Hier speelde allicht mee, dat in Duitsland waarborgen in het strafrecht zijn ingebouwd, die het toezicht op de correspondentie in goede banen moesten leiden. In het Duitse strafrecht zijn die zeer strikt geredigeerd: niet het gevangenispersoneel, maar een onafhankelijk lid van de rechterlijke macht - niet gelieerd aan het gerechtelijk onderzoek - opent de brieven. Over de inhoud daarvan moet hij zwijgen. Daarnaast kan mondelinge communicatie tussen verdachte en zijn advocaat niet aan enig toezicht onderworpen worden.

bestrijding van terrorisme of de bescherming van de staatsveiligheid is verder duidelijk dat waar sprake is van een inmenging in de uitingsvrijheid of de verenigingsvrijheid (het verbieden of bestraffen van bepaalde publicaties, het verbieden van bepaalde organisaties of politieke partijen) en waar sprake is van geweldgebruik door de overheid met consequenties voor de bescherming van het recht op leven, het Hof weliswaar wijst op de in het algemeen aan de staten toekomende ruime *margin of appreciation* in aangelegenheden met betrekking tot de staatsveiligheid, maar vervolgens een tamelijk concrete en indringende toets uitvoert waarin heel nauwkeurig wordt gelet of ook in de specifieke omstandigheden van het geval het overheidsoptreden proportioneel en gerechtvaardigd was.⁵⁸

7. Mronding

In een in 2003 gepubliceerd artikel stelde de Israëliisch-Amerikaanse jurist Oren Gross de vraag: 'Should responses to violent crises always be constitutional?'.⁵⁹ Heel kort weergegeven komt zijn betoog erop neer dat de praktijk laat zien dat het creëren van een speciaal rechtsregime voor crisissituaties dat de overheid enerzijds een grotere ruimte biedt om de noodzakelijke maatregelen te treffen ter bescherming van de staatsveiligheid, maar anderzijds ook bepaalde grenzen stelt aan dit staatsoptreden, geen soelaas biedt. Als het er echt op aan komt zal ook van dit noodrechtsregime worden afgeweken indien de autoriteiten dit noodzakelijk vinden. Zijn conclusie is dan dat het vooraf vastleggen van noodregime's geen zin heeft en zijn oplossing is om geheel af te zien van bijzondere rechtsregimes voor crisissituaties en als overheid in een bepaalde crisis of noodsituatie gewoon toe te geven dat de noodomstandigheden dwingen tot buitenwettelijk handelen. Bij de eerstvolgende verkiezingen heeft het volk dan de kans om de betrokken bestuurders hierop af te rekenen en dat vormt voldoende rem voor de bestuurders om hun buitenwettelijke bevoegdheden niet te misbruiken. Een dergelijke redenering heeft de aantrekkelijkheid van de eenvoud. Het risico erbij is echter dat de democratische meerderheid veelal zonder meer achter ingrijpende anti-terrorismemaatregelen zal staan (de geschiedenis bewijst het). De kans is groot dat de rekening van de terrorismebestrijding dan komt te liggen bij die groepen in de samenleving die meer dan andere geconfronteerd worden met buitenwettelijke bevoegdheden uitoefening door de autoriteiten. In de huidige terrorisme-context zijn dat veelal vreemdelingen en allochtonen en die mogen vervolgens vaak zelf weer niet meestemmen bij de verkiezingen. Bovendien moet worden opgemerkt dat Gross' benadering past bij het Amerikaanse

⁵⁸ Dit wordt duidelijk in de vele Turkse arresten over partijverboden, het verbieden of bestraffen van (pers)publicaties over de 'Koerdische kwestie' en het optreden van veiligheidstroepen in de strijd tegen de PKK, maar ook uit een arrest als EHRM 27 september 1995, *Series A* Vol. 324 (McCann en anderen/VK), § 192-214, over het doodschieten van IRA-terroristen door Britse SAS-eenheden op Gibraltar, omdat deze eenheden in de veronderstelling verkeerden dat de IRA-leden op het punt stonden een aanslag te plegen, hetgeen achteraf onjuist bleek.

⁵⁹ O. Gross, 'Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional?', *The Yale Law Journal* 2003, p. 1011-1134.

constitutionele systeem waarin veel bestuurders ook direct gekozen worden door de bevolking. In Nederland is dit veel minder het geval, zodat er hier ook minder mogelijkheden voor de burger zouden zijn om rechtstreeks met hen 'af te rekenen'.

Ik zou er dan ook volstrekt niet voor willen pleiten om het vooraf vasdeggen van grenzen aan het optreden van overheden in crisissituaties in te ruilen voor een democratische controle en legitimatie achteraf. De Europese mensenrechtenbescherming dwingt mijns inziens ook tot een andere benadering. Een benadering waarin zelfs - zie de *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* - ook in situaties van de dreiging van terrorisme, zo goed mogelijk en zo lang mogelijk wordt vastgehouden aan het 'normale' niveau van mensenrechtenbescherming, zoals dat onder meer in het EVRM is gewaarborgd. Die waarborging is immers reeds een bescherming op minimum-niveau. Juist omdat de nationale 'check and balances' in de vorm van parlementaire controle op het bestuur en medebeslissingsrecht over wetgeving in crisissituaties veelal minder sterk een matigende werking op het overheidsoptreden hebben, is er mijns inziens behoefte aan een strikte, nationale en internationale, rechterlijke controle op overschrijding van dit minimum-beschermingsniveau. Daarbij past het voor het EHRM om in situaties waarin het gaat om een rechtmatigheidsbeoordeling van terrorismebestrijdingmaatregelen of andere maatregelen ter bescherming van de staatsveiligheid juist geen extra ruime *margin of appreciation* te laten aan de nationale autoriteiten. Daarbij past ook allertheid aan de zijde van een NGO als het NJCM: misschien mag en moet de waakhond wel iets harder blaffen in deze tijden.