Universiteit Leiden
The Netherlands

Hoe Osama Bin Laden het Verenigd Koninkrijk een noodtoestand bezorgde (I). Enkele aspecten van het spanningsveld tussen terrorismebestrijding en mensenrechtenbescherming.

Loof, J.P.

Citation
Loof, J. P. (2005). Hoe Osama Bin Laden het Verenigd Koninkrijk een noodtoestand bezorgde (I). Enkele aspecten van het spanningsveld tussen terrorismebestrijding en mensenrechtenbescherming. *Njcm-Bulletin*, (1), 8-24. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/12970

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/12970

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

HOE OSAMA BIN LADEN HET VERENIGD KONINKRIJK EEN NOODTOESTAND BEZORGDE (I)

Enkele aspecten van het spanningsveld tussen terrorismebestrijding en mensenrechtenbescherming

Jan-Peter Loof *

In het kader van de 'strijd tegen het terrorisme', ontketend na 11 september 2001, worden diverse maatregelen getroffen die op gespannen voet staan met bepaalde mensenrechtennormen. In dit artikel, de eerste bijdrage in het kader van de 'rode draad' voor jaargang 2005 van dit tijdschrift, wordt ingegaan op een aantal aspecten van het spanningsveld tussen terrorismebestrijding en mensenrechtenbescherming. Aandacht wordt besteed aan de beperkingsgrond 'bescherming van de nationale veiligheid' die in diverse mensenrechtenbepalingen voorkomt en aan de vraag of de hedendaagse dreiging van terrorisme een terechte reden vormt voor het opschorten van bepaalde mensenrechtelijke verdragsverplichtingen (zoals het Verenigd Koninkrijk kort na 9/11 deed). Ten slotte wordt kort stilgestaan bij de roep van diverse NGO's om een stringentere internationale controle op het overheidsoptreden ter bestrijding van terrorisme. Het tweede deel van dit artikel wordt gepubliceerd in de volgende aflevering van dit tijdschrift.

1 Inleiding

De terroristische aanslagen in de Verenigde Staten van 11 september 2001 en de maatregelen die zowel in de VS als in een groot aantal andere staten genomen werden in het kader van de naar aanleiding van deze aanslagen ontketende 'strijd tegen het terrorisme' illustreren dat ernstige crisissituaties, ook in op zich constitutioneel en democratisch geregeerde staten, aanleiding kunnen geven tot maatregelen die de uitoefening van individuele rechten en vrijheden ernstig belemmeren en soms zelfs een ongerechtvaardigde inbreuk daarop vormen. In een uitvoerig artikel – waarin hij ook een overzicht geeft van de typen van maatregelen die in de VS en andere westerse landen zijn genomen naar aanleiding van '9/11'[1] – in *The Yale Law Journal* van maart 2003 omschrijft de Israëlisch-Amerikaanse jurist Gross dit als volgt:

> 'Experience shows that when grave national crises are upon us, democratic nations tend to race to the bottom as far as the protection of human rights and civil liberties, indeed of basic and fundamental legal principles, is concerned. Emergencies suspend, or at least redefine, *de facto*, if not *de jure*, much of our cherished freedoms and rights.'[2]

* Mr. J.P. Loof is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, coördinator van het F.M. van Asbeck Centrum voor Mensenrechtenstudies van diezelfde universiteit en redacteur van dit tijdschrift. Hij verwacht op zeer korte termijn een proefschrift af te ronden met de titel: 'Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen'.

1 O. Gross, 'Chaos and Rules. Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?', *Yale Law Journal* 2003, p. 1016-1018. Hij wijst op de invoering van nieuwe antiterrorismewetgeving in o.m. de VS, het Verenigd Koninkrijk, Canada en Japan.

2 Gross 2003 (*supra* noot 1), p. 1019.

De geschiedenis laat bovendien zien dat grondrechtenbeperkingen die een reactie vormen op een crisissituatie en veelal in eerste instantie bedoeld zijn als buitengewone en tijdelijke (nood)maatregelen in een groot aantal gevallen 'doorsijpelen' naar het *normale* rechtsstelsel en zodoende ook na de beëindiging van de crisis overeind blijven.[3]

Duidelijk is dat nationale en internationale mensenrechtennormen, voor zover die raken aan overheidsoptreden ter bescherming van de staatsveiligheid en de bestrijding van terrorisme, zich bevinden in een spanningsveld waarin – vanwege de toegenomen en van karakter veranderde terreurdreiging[4] – gezocht wordt naar een (nieuw) evenwicht tussen bescherming tegen terrorisme enerzijds en de bescherming van de fundamentele rechten van individuen anderzijds. De president van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Wildhaber, verwoordde dit in 2002 als volgt:

> 'Our perception of last year is coloured by the tragic events of 11 September and their aftermath. Terrorism raises two fundamental issues which human rights law must address. Firstly, it strikes directly at democracy and the rule of law, two central pillars of the European Convention on Human Rights. It must therefore be possible for democratic States governed by the rule of law to protect themselves effectively against terrorism; human rights law must be able to accommodate this need. The European Convention should not be applied in such a way as to prevent States from taking reasonable and proportionate action to defend democracy and the rule of law.
> The second way in which terrorism challenges democracy and human rights law is by inciting States to take repressive measures, thereby insidiously undermining the foundations of democratic society. Our response to terrorism has accordingly to strike a balance between the need to take protective measures and the need to preserve those rights and freedoms without which there is no democracy. At the same time and from a wider perspective, is it precisely situations in which there is a lack of respect for human dignity, a lack of effective human rights protection, which breed terrorism. Efforts to prevent the spread of international terrorism should therefore embrace the aims of international human rights law.'[5]

3 Zie o.m. C.L. 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'. J. van der Hoeven, *De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht* (aangevulde heruitgave acad. proefschrift), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 115, illustreert dit met een voorbeeld uit het Engeland van de zeventiende eeuw: 'Karel I van Engeland, die in 1634 en 1635 een belasting , het zgn. "ship money", buiten het parlement om had geheven met een beroep op de oorlogsnoodzaak, trachtte ook in 1636, in vredestijd, deze belasting krachtens zijn prerogatief te heffen: een duidelijk *blijvende* verschuiving in de verhoudingen dus, voortkomend uit een noodrechtelijke. De rechter stelde Karel I in het gelijk in de beroemde "Shipmoney-case" in 1637.'

4 Het voert te ver om in dit artikel dieper in te gaan op deze toename en karakterverandering. In het algemeen wordt in dit verband gewezen op de globalisering van terrorisme (o.m. beïnvloedt door ICT-mogelijkheden), de 'ongrijpbare' netwerk-structuur van religieus geïnspireerde terroristische organisaties als Al Kaida, de feitelijke vermenging van terroristische en 'gewone' criminele organisaties, de – na de val van de communistische regimes in het voormalige Oostblok – vergrote risico's dat terroristische organisaties de beschikking krijgen over zogenaamde massavernietigingswapens. Zie op dit punt o.m. het rapport van de Speciaal VN-Rapporteur inzake Terrorisme en Mensenrechten uit 2002, VN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35, § 62 en R. de Wijk, 'Het gevaar van succes in de strijd tegen terrorisme. Portret van de nieuwe vijand', *Justitiële Verkenningen* 2004, nr. 3, p. 43-55

5 Speech van EHRM-president Wildhaber bij de bijeenkomst ter gelegenheid van de opening van het juridisch jaar 2002 in Straatsburg, gepubliceerd op http://www.echr.int/BilingualDocuments/Legal%20Year%202002.htm

Wildhaber merkt, mijns inziens terecht, op dat bij de zoektocht naar een correct evenwicht het huidige internationale recht inzake de rechten van de mens uitgangspunt dient te zijn: het evenwicht moet gezocht worden binnen dit mensenrechtelijk kader. Vraag is dan welke afwegingsmechanismen de mensenrechtenverdragen hiertoe bevatten. Algemeen bekend is in dit verband dat vrijwel alle internationale mensenrechtennormen (voor zover daarin 'klassieke' vrijheidsrechten worden gewaarborgd) vergezeld gaan van een clausule die beperking van de uitoefening van het betreffende grondrecht mogelijk maakt, onder meer met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid. Daarnaast bieden verdragen als het Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) ook een mogelijkheid om in een noodtoestand die het (voort)bestaan van het land bedreigt buitengewone maatregelen te treffen die een opschorting betekenen van bepaalde verplichtingen onder deze verdragen (de naleving van sommige rechten kan worden opgeschort door de verdragsstaat).[6]

In dit artikel wordt onderzocht hoe de internationale toezichthoudende organen omgaan met de beperkingsgrond 'bescherming van de nationale veiligheid' (§ 2) en met de mogelijkheid om bepaalde mensenrechten op te schorten (§ 3): in welke situaties wordt een beroep hierop gehonoreerd, hoe indringend wordt getoetst? Achterliggende vraag daarbij is of de huidige dreiging van terrorisme een voldoende reden zou kunnen vormen om bepaalde mensenrechten op te schorten. Ten slotte wordt kort stilgestaan bij de roep vanuit vele NGO's om te komen tot nieuwe internationale controlemechanismen om het overheidsoptreden ter bestrijding van terrorisme beter in de gaten te kunnen houden (§ 4).

2 De nationale veiligheid als beperkingsgrond voor mensenrechten

2.1 Wat wordt verstaan onder 'nationale veiligheid'?

In de jurisprudentie van de internationale organen die toezicht houden op de naleving van de mensenrechtenverdragen wordt doorgaans niet al te veel en ook niet al te precieze aandacht besteed aan de doelcriteria die zijn opgenomen in de beperkingsclausules van de door die verdragen gegarandeerde rechten. De kern van de toetsing aan de EVRM-beperkingsclausules ligt doorgaans bij de vraag naar de noodzaak en proportionaliteit van de inbreuk op een bepaald recht en veel minder bij de vraag naar het legitieme belang dat daarmee gediend wordt. Het komt nogal eens voor dat bijvoorbeeld het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) opmerkt dat een bepaalde inbreuk op enig grondrecht geacht kan worden diverse gerechtvaardigde belangen zoals genoemd in de betreffende beperkingsclausule te dienen.[7] Overheidsmaatregelen in de sfeer van terrorismebestrijding die een inbreuk maken op bepaalde grondrechten worden de ene keer onder de beperkingsgrond openbare veiligheid of openbare orde gebracht, de andere keer onder nationale veiligheid (en vaak onder een combinatie van

6 Zie art. 15 EVRM en art. 4 IVBPR.

7 Het VN-Mensenrechtencomité, dat toezicht houdt op de naleving van de verdragsverplichtingen onder het IVBPR, doet dit niet veel anders.

deze gronden). Ook is er natuurlijk altijd nog de grond 'de bescherming van de rechten van anderen' die relevant kan zijn bij overheidsoptreden ter bescherming van de staatsveiligheid.

Desalniettemin kan het toch aardig zijn de beperkingsgrond die het nauwst aansluit bij overheidsoptreden ter bestrijding van terrorisme, namelijk de grond 'bescherming van de nationale veiligheid' wat nader te bekijken: welke soorten van grondrechteninbreuken worden gerechtvaardigd geacht op grond van de nationale veiligheid en hoe stringent stellen de toezichthoudende organen zich op bij hun toetsing (met andere woorden: hoe ruim valt de 'margin of appreciation' voor de nationale autoriteiten uit)? Ik concentreer mij hierbij op de jurisprudentie van het EHRM,[8] met een enkel uitstapje naar uitspraken van het VN-Mensenrechtencomité.

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

Bestudering van de *travaux préparatoires* van de diverse mensenrechtenverdragen maakt duidelijk dat er bij de totstandkoming van de verdragen nauwelijks discussie geweest is over het doelcriterium 'bescherming van de nationale veiligheid' in de beperkingsclausules. Klaarblijkelijk hadden de opstellers van de verdragen alle een voldoende beeld van hetgeen verstaan moest worden onder nationale veiligheid. De discussie tijdens de totstandkoming van EVRM en IVBPR had veel meer betrekking op de exacte betekenis van enkele andere doelcriteria, namelijk 'het voorkomen van wanordelijkheden' en 'de bescherming van de openbare orde'.[9] In het kader van het IVBPR werd door één van de onderhandelingsdelegaties opgemerkt dat onder 'nationale veiligheid' in ieder geval ook de bescherming van de territoriale integriteit van een staat zou vallen.[10] Dat standpunt werd niet weersproken, hoewel in sommige beperkingsclausules de doelcriteria nationale veiligheid en territoriale integriteit naast elkaar voorkomen. In de literatuur wordt veelal opgemerkt dat het bij de nationale veiligheid moet gaan om het veiligheidsbelang van het hele land en niet alleen om de belangen van een bepaalde regering, een bepaald regime of een bepaalde heersende klasse.[11] Een grondrechtenbeperking

8 En van de inmiddels opgeheven Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.

9 Zie hierover A.Ch. Kiss, 'Permissible Limitations on Rights', in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press 1981, p. 290-310 en de zeer uitvoerige studie van A.-L. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff 1998, m.n. p. 149-161, 166-167 en 172.

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

11 *Ibidem.*

gebaseerd op deze grond moet bovendien gericht zijn op het bestrijden van een veiligheidsbedreiging van een aanzienlijke omvang, zowel wat betreft territoir als wat betreft ernst. Dat betekent overigens niet dat de nationale veiligheid alleen dan in gevaar geacht kan worden indien grootschalige wanordelijkheden verspreid zijn over het hele land, er moet echter wel sprake zijn van een veiligheidsbedreiging waarvan de effecten in het hele land merkbaar zijn.[12] In de *Siracusa Principles*, een reeks beginselen met betrekking tot de interpretatie van de beperkings- en opschortingsclausules uit het IVBPR, opgesteld in 1984 door een breed samengestelde conferentie van mensenrechtendeskundigen op instigatie van de International Commission of Jurists (ICJ),[13] stelt *Principle 29*: 'National security may be invoked to justify measures limiting certain rights only when they are taken to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against force or threat of force'.[14]

2.2 Ontwikkelingen

Hoewel de *Siracusa Principles* te beschouwen zijn als een behoorlijk gezaghebbende uitleg van de beperkings- en opschortingsclausules, die ook invloed heeft uitgeoefend op de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité, kan de vraag gesteld worden of de uitleg die in principle 29 gegeven wordt van het doelcriterium nationale veiligheid nog wel afdoende is. Wordt 'national security' in principle 29 niet te sterk gekoppeld aan het gebruik van geweld of de bedreiging met geweld? Gaat de omschrijving niet teveel uit van een inmiddels achterhaald concept van statelijke onafhankelijkheid, dat geen recht doet aan de toenemende internationale interdependentie van staten? Is het niet onterecht dat ernstige natuurrampen of rampen met chemische of nucleaire installaties (denk aan de Tsjernobyl-ramp in 1986) volgens *Principle 29* nimmer als bedreiging van de nationale veiligheid kunnen gelden?

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

> '[I]n an era of global interdependence, the ordinary meaning of a "national security" cannot be limited to the simple preservation of territorial integrity and political independence from external armed attack, or dictatorial interference by foreign powers. National security must also logically encompass espionage, economic or political, and covert (destabilising) action by foreign powers. Moreover, notwithstanding a lack of foreign involvement, purely internal threats to change the existing political order of the state by force (i.e. revolutionary subversion and terrorism) must also be covered. Certainly these are regarded by most if not all governments as legitimate national security concerns.'[15]

Daaraan kan nog worden toegevoegd dat ook de toenemende economische interdependentie van staten en de samenhang tussen economisch welzijn, politieke onafhankelijkheid en nationale

12 S. Coliver, 'Commentary to: The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information', *Human Rights Quarterly* 1998, p. 20.
13 En daarom te beschouwen als een gezaghebbende uitleg van de internationale opvattingen over die clausules.
14 Gepubliceerd in *Human Rights Quarterly* 1985, p. 3-15.
15 I. Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, Den Haag-London-Boston: Kluwer Law International 2000, p. 43.

veiligheid wellicht nopen tot een ruime opvatting aangaande reikwijdte van het begrip nationale veiligheid. Intensieve regionale economische samenwerking en globalisering van de economie hebben ook gevolgen voor de nationale veiligheid, in die zin dat dergelijke ontwikkelingen het moeilijk maken om de nationale economische belangen van een bepaalde staat te scheiden van die van andere staten en leiden tot een nauwe verwevenheid van economische belangen met veiligheidsbelangen.[16]

Vraag is of de bovenstaande ontwikkelingen ook gevolgen hebben of zouden moeten hebben voor de interpretatie van het begrip 'nationale veiligheid' zoals dat voorkomt in de beperkingsclausules in de diverse mensenrechtenverdragen. In het algemeen kan daarover worden opgemerkt dat de organen die toezicht houden op de naleving van de mensenrechtenverdragen bij de interpretatie van begrippen uit die verdragen niet gebonden zijn aan de opinies van verdragsstaten of aan de betekenis die in het nationale recht van de verdragsstaten aan die begrippen wordt toegekend. Hoewel in bepaalde gevallen bij de interpretatie van begrippen of de beoordeling van overheidsmaatregelen rekening wordt gehouden met de praktijk in de verdragsstaten, zeker als die in grote mate met elkaar overeenkomt,[17] hebben de verdragsbegrippen in beginsel een autonome betekenis onafhankelijk van nationale wetgeving of context.[18]

2.3 Jurisprudentie VN-Mensenrechtencomité

Het VN-Mensenrechtencomité heeft in zijn uitspraken naar aanleiding van individuele klachten en in zijn *concluding observations* naar aanleiding van de bespreking van statenrapporten tot dusverre geen nadere definitie gegeven van het begrip 'nationale veiligheid'. Ook in de uitgebrachte *general comments* wordt hieraan geen aandacht besteed. Tot het midden van de

16 Vgl. Cameron 2000 (supra noot 22), p. 71. Ter illustratie: In zijn openingstoespraak voor de conferentie 'Human Rights and Counter-Terrorism: International Monitoring Systems', die op 23 en 24 oktober 2003 in Geneve georganiseerd werd door de *International Commission of Jurists*, merkte Onder-Secretaris-Generaal van de VN Ordzhonikidze op dat '[t]he economic consequences of terrorism are often overlooked. Yet, it is estimated that the terrorist attacks on 11 September 2001 alone count for a one percent reduction of the world GNP'. In de antiterrorismewetgeving die kort na de aanslagen van 11 september 2001 met grote vaart door het Amerikaanse Congress werd geloodst – de Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act van november 2001 (USA PATRIOT Act), *Pub. L.* No. 107-56 (2001) – wordt 'national security' zeer breed omschreven als 'national defense, foreign relations, or economic interests of the United States' (8 U.S.C. § 1189(c)(2) (2003)).

17 Dit komt vooral voor binnen het bestek van de toetsing aan het EVRM. Er wordt dan gesproken van een 'European common ground', van 'European common standards' of van het 'consensus principle'. Zie o.m. A.W. Heringa, 'The "Consensus Principle". The Role of "Common Law" in the ECHR Case Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 108-145..

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

jaren '90 leek het Comité zelfs nauwelijks te toetsen of een staat terecht een beroep deed op deze beperkingsgrond. In zaken waarin staten zich beriepen op de nationale-veiligheidsexceptie van artikel 13 IVBPR bij de uitzetting van vreemdelingen stelde het Comité simpelweg dat het niet zijn taak was 'to test a sovereign State's evaluation of an alien's security rating'.[19] In een geval waarin aan een Koerdische asielzoeker door de Zweedse autoriteiten stringente beperkingen van zijn bewegingsvrijheid waren opgelegd (hij mocht slechts binnen een beperkt gebied van Zweden begeven en moest zich wekelijks melden bij de vreemdelingenpolitie) vanwege – ongesubstantieerde – verdenkingen van terroristische activiteiten die bij de Zweedse veiligheidsdienst jegens hem waren gerezen redeneerde het Comité ook zeer kort:

> '[B]earing in mind that the State party has invoked reasons of national security to justify the restrictions on the author's freedom of movement, the Committee finds that the restrictions to which the author was subjected were compatible with those allowed pursuant to article 12, paragraph 3, of the Covenant.'[20]

Sinds 1995 heeft het Comité echter in een drietal zaken tegen de Republiek Korea (Zuid-Korea), beperkingen van de uitingsvrijheid en vergadervrijheid die aan politici en vakbondsbestuurders waren opgelegd, omdat zij sympathie hadden uitgesproken voor het socialistische of communistische gedachtegoed of omdat zij stakingen hadden ondersteund, en die Korea trachtte te rechtvaardigen met een beroep op het belang van de nationale veiligheid (in verband met de zeer gespannen situatie met Noord-Korea) een veel stringenter toets aangelegd naar de gerechtvaardigdheid van het inroepen van de beperkingsgrond 'nationale veiligheid' en de noodzaak om de gewraakte beperkingen op te leggen. [21]Het Comité heeft daarbij aangegeven dat er een relatie is tussen de wijze waarop in het nationale recht voorzien is in controlemechanismen ten aanzien van de gerechtvaardigdheid van het inroepen van de nationale veiligheid als beperkingsgrond van bepaalde grondrechten en de indringendheid van de toetsing door het Comité: 'The need for careful scrutiny by the Committee is emphasised by the broad and

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

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

21 VN-Mensenrechtencomité 3 november 1998, Comm. No. 574/1994 (Kim/Republic of Korea), VN-doc. CCPR/C/64/D/574/1994, § 12.4-12.5; VN-Mensenrechtencomité 19 juli 1995, Comm. No. 518/1992 (Sohn/Republic of Korea), VN-doc. CCPR/C/54/D/518/1992, § 10.4; VN-Mensenrechtencomité 20 oktober 1998, Comm. No. 628/1995 (Park/Republic of Korea), VN-doc. CCPR/C/64/D/628/1995, § 10.3: 'The Committee notes that the State party has invoked national security by reference to the general situation in the country and the threat posed by "North Korean communists". The Committee considers that the State party has failed to specify the precise nature of the threat which it contends that the author's exercise of freedom of expression posed and finds that none of the arguments advanced by the State party suffice to render the restriction of the author's right to freedom of expression compatible with paragraph 3 of article 19. The Committee has carefully studied the judicial decisions by which the author was convicted and finds that neither those decisions nor the submissions by the State party show that the author's conviction was necessary for the protection of one of the legitimate purposes set forth by article 19 (3).'

unspecific terms in which the offence under the National Security Law is formulated.'[22] Meer in het algemeen heeft het Mensenrechtencomité opgemerkt dat overwegingen van nationale veiligheid in ieder geval nooit mogen leiden tot 'impunity' van overheids- en (met name) politiefunctionarissen bij machtsmisbruik en excessief of ongerechtvaardigd geweldgebruik.[23]

Een laatste vermeldenswaardig punt dat met betrekking tot de beperkingsgrond nationale veiligheid uit de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité naar voren komt, is dat het Comité in diverse zaken heeft benadrukt dat de beperkingsclausules in het IVBPR strikt moeten worden geïnterpreteerd en dat bijvoorbeeld bij de godsdienst- en gewetensvrijheid van artikel 18 beperkingen alleen zijn toegelaten op grond van de in het derde lid van dat artikel opgenomen gronden – waaronder openbare orde – en niet op gronden die daar niet expliciet worden genoemd, zoals nationale veiligheid.[24]

2.4 Jurisprudentie EHRM

In EVRM-verband is in verschillende zaken een beroep gedaan op de beperkingsgrond nationale veiligheid, maar een echte definitie van dit begrip wordt in die zaken niet gegeven. In 1993 merkte de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) in een ontvankelijkheidsbeslissing expliciet op dat het begrip 'nationale veilgheid' niet uitputtend omschreven kán worden.[25] Wel blijkt uit een aantal uitspraken welk type overheidsmaatregelen onder dit begrip kunnen vallen. Die overheidsmaatregelen kunnen grofweg ingedeeld worden in een vijftal categorieën: (a) ingrepen ter bescherming van staatsgeheimen en militaire geheimen; (b) geheime bespieding en toezicht op telecommunicatiemiddelen door veiligheidsdiensten; (c) handhaving van de discipline en orde binnen het militair apparaat en het ambtenarenapparaat; (d) bestrijding van separatistische of terroristische organisaties of andere organisaties die als gevaar voor de nationale eenheid beschouwd kunnen worden; (e) verbieden en bestraffen van uitingen waarin steun aan separatisme of terrorisme wordt uitgesproken of uitingen die anderszins als aantasting van de nationale eenheid worden beschouwd. Het voert te ver om in dit artikel al deze categorieën nader te bespreken,[26] zij houden ook niet allemaal rechtstreeks verband met overheidsoptreden ter bestrijding van terrorisme. Ik beperk mij daarom hier tot enkele opmerkingen over de intensiteit van de toetsing door het EHRM. In het algemeen wordt

22 VN-Mensenrechtencomité 3 november 1998, Comm. No. 574/1994 (Kim/Republic of Korea), VN-doc. CCPR/C/64/D/574/1994, § 12.3. Ten aanzien van Zuid-Korea heeft het Mensenrechtencomité, in 1999, in zijn *concluding observations* naar aanleiding van de bespreking van het tweede door Korea ingediende statenrapport, in het algemeen gesteld dat de beperkingen die op grond van de National Security Law kunnen worden aangebracht dermate ingrijpend en ongeclausuleerd zijn dat zij niet verenigbaar zijn met artikel 19 IVBPR (VN-doc. CCPR/C/79/Add. 114, § 8-9). Zie hierover ook de *Siracusa Principles*; Principle 31 stelt: 'National security cannot be used as a pretext for imposing vague or arbitrary limitations and may only be invoked when there exist adequate safeguards and effective remedies against abuse.'

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

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

25 ECieRM 2 april 1993, appl.no. 18601/91 (Esbester/VK), niet gepubliceerd.

26 Daarvoor verwijs ik u graag naar hoofdstuk 5 van mijn in de loop van 2005 te verschijnen proefschrift.

namelijk aangenomen dat in zaken waarin een bepaalde grondrechtenbeperking wordt gelegitimeerd door verwijzing naar het doelcriterium 'nationale veiligheid' dit een minder intensieve toetsing door het EHRM oplevert. Svensson-McCarthy merkt hierover op:

> 'In cases involving questions of national security and prevention of disorder, the Commission and the Court have consistently admitted that the High Contracting Parties have a certain, albeit not unlimited, discretion at their disposal in determining *both* whether there is a legitimate pressing social need that may justify limitations on the exercise of human rights *and* whether the disputed measures are proportionate to their legitimate aim. This discretion has actually been *wide* in connection with restrictions based on alleged national security interests, with the Commission and the Court being reluctant to examine in depth the arguments of the Contracting States.'[27]

In het algemeen heeft het EHRM in zijn jurisprudentie[28] benadrukt dat er drie redenen zijn om de verdragsstaten een zekere beleidvrijheid te gunnen ten aanzien van de wijze waarop zij hun verplichtingen onder het EVRM naleven: het subsidiaire karakter van de van het Straatsburgse toezichtmechanisme ten opzichte van de nationale systemen van mensenrechtenbescherming; de gedachte dat de nationale autoriteiten in beginsel in een betere positie verkeren dan het Hof om een oordeel te geven over de noodzaak van grondrechtenbeperkende maatregelen en over het gewicht van de belangen en omstandigheden die in het geding zijn; en de afwezigheid van zogenaamde 'common European standards'. Cameron voegt hier aan toe dat de *margin of appreciation* ook gezien kan worden als een erkenning door het Hof van zijn 'limited ability to penetrate the legal culture of the state', om vervolgens te stellen dat '[w]ith the exception of emergency powers, there is no other area of the Convention in which these four reasons are more compelling than the area of national security'.

Inderdaad wordt in vele Straatsburgse uitspraken benadrukt dat de verdragsstaten in kwesties met betrekking tot de nationale veiligheid een ruime *margin of appreciation* gelaten moet worden. Ook bevat de jurisprudentie indicaties dat bij regelgeving ter bescherming van de nationale veiligheid logischerwijs minder strikte eisen dienen te gelden ten aanzien van de voorzienbaarheid van de inbreuken op de persoonlijke levensfeer die uit die wetgeving (kunnen) voortvloeien.[29]

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

Ten eerste is de omvang van de *margin of appreciation* afhankelijk van het type bedreiging voor de nationale veiligheid. Vooral in gevallen waarin de nationale veiligheid bedreigd wordt

27 Svensson-McCarthy 1998 (*supra* noot 9), p. 187.

28 In het bijzonder: EHRM 18 december 1986, Series A vol. 111 (Bozano/Frankrijk) (§ 58) en EHRM 6 december 1976, Series A vol. 24 (Handyside/VK), § 48. Zie hierover J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 204-206.

29 Zie m.n. EHRM 26 maart 1987, *Series A* Vol. 116 (Leander/Sweden), § 51.

door organisaties die geweld gebruiken, door uitingen die oproepen tot geweld of door handelingen in de sfeer van spionage of door (dreigende) openbaarmaking van staatsgeheimen, benadrukken de toezichthoudende organen een zeer ruime *margin of appreciation*.[30] Ten tweede is er een relatie tussen de aanwezigheid van nationale controlemechanismen ten aanzien van grondrechtenbeperkend overheidsoptreden met het oog op de nationale veiligheid en de intensiteit van het internationale toezicht: als op nationaal niveau niet of nauwelijks controle aanwezig is, dient het internationale toezicht indringender te zijn.[31] Ten derde is de omvang van de *margin of appreciation* afhankelijk van het in het geding zijnde grondrecht en de ernst van de inbreuk daarop. In de diverse Turkse partijverboden-zaken verwijzen de Straatsburgse instanties soms wel naar een ruime *margin of appreciation* die staten toekomt in nationale-veiligheidskwesties, maar benadrukken zij met nog meer kracht dat bij dergelijke ernstige inbreuken op de verenigingsvrijheid van politieke partijen een zeer stringente internationale noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets past.[32] Er is in die zaken in het geheel geen sprake van een terughoudende toetsing. Daarentegen stellen de ECieRM (expliciet) en het EHRM (impliciet) in de zaak *Leander/Sweden* dat, nu het in die zaak *zowel* gaat om een (niet zeer ingrijpende) inbreuk op het recht op privacy *als* om een maatregel in het kader van de bescherming van de nationale veiligheid, een ruime *margin of appreciation* aan de betrokken staat moet worden gegund. Beide elementen tezamen (geringe privacy-inbreuk + nationale veiligheid) leiden tot de conclusie van een ruime beoordelingsmarge voor de staat.[33]

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

Het EHRM is in recente jaren geconfronteerd met een groot aantal zaken over het verbieden of bestraffen van bepaalde uitingen (veelal in de pers of andere media) met het oog op de bescherming van de staatsveiligheid. Het gaat vooral om zaken tegen Turkije. Uit deze zaken

30 Zie o.m. EHRM 16 december 1992, Series A vol. 252 (Hadjianastassiou/Griekenland); EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (Sürek and Özdemir/Turkije), § 60; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Sürek/Turkije No. 1), § 61; EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Karata°/Turkije), § 50; EHRM 18 juli 2000, appl.no. 26680/95 (ªener/Turkije), § 40.

31 Zie het oordeel van het VN-Mensenrechtencomité in de zaak Kim/Republic of Korea.

32 EHRM 25 mei 1998, *RJ&D* 1998-III (Socialist Party and Others/Turkey); EHRM 8 december 1999, RJ&D 1999-VII (Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)/Turkey); EHRM 9 april 2002, *RJ&D* 2002-II (Yazar and Others/Turkey) Deze laatste zaak betrof de verbodenverklaring van de People's Labour Party (HEP). Zie ook EHRM 31 jul 2001, *RJ&D* 2001-IV (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey) en EHRM 13 februari 2003, appl.nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98 (Refah Partisi (The Welfare Party) and Others/Turkey).

33 Schokkenbroek 1996 (*supra* noot 28), p. 162 (voetnoot 370) en 207 (voetnoot 173).

komt naar voren dat de vraag of uitingen aanzetten tot het gebruik van geweld tegen individuele overheidsfunctionarissen, tegen het overheidsapparaat in zijn geheel of tegen andere burgers, een centrale rol speelt. Ook de *Speciale Rapporteurs* inzake vrijheid van meningsuiting van de VN-Subcommissie ter voorkoming van discriminatie en bescherming van minderheden, Türk en Joinet, volgen in hun eindrapport vergelijkbare lijn, daarbij aanhakend bij de 'clear and present danger'-test uit de jurisprudentie van het *Supreme Court* in de VS. Zij beschouwen het opleggen van vrijheidsstraffen vanwege bepaalde uitingen als een disproportionele sanctie, behalve 'in wholly exceptional cases in which there is a clear and present danger of violence'[34]

In hoeverre de Straatsburgse jurisprudentie ruimte laat voor het verbieden of bestraffen van uitingen die onbedoeld of onopzettelijk aanzetten tot geweld is niet helemaal duidelijk. Het arrest *Zana* lijkt uit te gaan van een soort 'voorwaardelijk opzet'-concept: als onder bepaalde zeer gespannen omstandigheden bepaalde woorden worden gehanteerd die al te makkelijk de lont in het kruitvat kunnen doen slaan, ook al zijn ze niet specifiek bedoeld om dit te laten gebeuren, kan de inbreuk op de uitingsvrijheid die beoogt dit te voorkomen of te bestraffen gerechtvaardigd zijn.[35] Andere EHRM-arresten lijken sterker te neigen naar de eis dat het verbieden of bestraffen van uitingen alleen is toegestaan indien de betreffende uitingen duidelijk bedoeld zijn om aan te zetten tot geweld.[36]

In het algemeen kan worden opgemerkt dat het EHRM in de loop van de tijd – vooral in de periode na 1990 – 'strenger' lijkt te zijn geworden in zijn beoordeling van kwesties die gerelateerd zijn aan de staatsveiligheid, in die zin dat de aan de verdragsstaten toekomende *margin of appreciation* bij nationale-veiligheidsaangelegenheden wordt ingeperkt. Uiteindelijk geeft de jurisprudentie in zaken over kwesties van nationale veiligheid niet een heel ander beeld te zien van de door het EHRM toegepaste toetsingsintensiteit dan de jurisprudentie op andere terreinen. Als het gaat om de uitzetting van vreemdelingen om nationale-veiligheidsredenen zijn door het EHRM scherpe eisen gesteld aan de feitelijke onderbouwing van de aanwezige veiligheidsrisico's en aan de mogelijkheden voor de rechter – of althans een onafhankelijke autoriteit met voldoende mogelijkheden tot het nemen van een bindende beslissing – om deze te toetsen.[37] Met het EHRM-arrest *Leander/Zweden* in de hand zou nog kunnen worden opgemerkt dat het wettigheidsbeginsel – althans de daarvan deel uitmakende voorzienbaarheidseis (*foreseeability*) – bij beperkingen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid wat minder strikt wordt gehanteerd. In latere EHRM-jurisprudentie is de voorzienbaarheidseis echter ook voor regelgeving in de sfeer van de nationale veiligheid aangescherpt en is duidelijk gemaakt dat de toetsing aan deze eis kan verschillen naar gelang de in het geding zijnde

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

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

36 Zie m.n. EHRM 8 juli 1999, appl.nos. 23927/94 en 24277/94 (Sürek and Özdemir/Turkey), § 30.

37 EHRM 15 november 1996, *RJ&D* 1996-V (Chahal/UK), § 140-155; EHRM 20 juni 2002, appl.no. 50963/99 (Al-Nashif/Bulgarije), § 124.

staatsveiligheidskwestie.[38] Ten aanzien van de toetsing aan het noodzakelijkheids- en proportionaliteitscriterium (*necessary in a democratic society*) en de daarbij aan de staat toekomende *margin of appreciation* blijken geen duidelijke verschillen tussen beperkingen gebaseerd op de bescherming van de nationale veiligheid en beperkingen gebaseerd op andere doelcriteria, zeker gezien de neiging van de toezichthoudende organen om een bepaalde beperking veelal onder meerdere doelcriteria te accepteren.

Overigens vertoont de toetsing door het EHRM in andere zaken die raken aan gevoelige kwesties rondom de staatsveiligheid – zonder dat het doelcriterium 'bescherming van de nationale veiligheid' aan de orde is (omdat het gaat om rechten zonder beperkingsclausule of rechten met een beperkingsclausule waarin het criterium nationale veiligheid niet wordt genoemd) – ook geen nadrukkelijke sporen van een extra terughoudendheid aan de zijde van het Hof. In de zaak *McCann/Verenigd Koninkrijk* aarzelde het Hof niet om een dodelijke actie van Britse veiligheidstroepen tegen IRA-terroristen die ervan verdacht werden op het punt te staan een bom te laten ontploffen op Gibraltar aan te merken als een schending van artikel 2 EVRM.[39] Bekend zijn ook de vele arresten waarin de aanwezigheid van één militaire rechter (naast twee 'gewone' rechters) in de Turkse staatsveiligheidrechtbanken door het EHRM als een schending van het recht op een eerlijk proces, voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter, zoals gegarandeerd door artikel 6 EVRM is aangemerkt.[40] Het is van belang deze 'strikte' opstelling van het EHRM bij toetsing aan de 'gewone' beperkingsclausules in kwesties rakend aan de nationale veiligheid voor ogen te houden bij de bespreking van het volgende onderwerp, namelijk de toetsingsintensiteit in situaties waarin een verdragsstaat zich erop beroept dat de staatsveiligheid zodanig wordt bedreigd dat sprake is van een noodtoestand die opschorting van bepaalde rechten rechtvaardigt.

38 EHRM 16 februari 2000, *RJ&D* 2000-II (Amann/Switzerland), § 76; EHRM 4 mei 2000, *RJ&D* 2000-V (Rotaru/Romania), § 56-57.

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

40 Zie o.m. EHRM 9 juni 1998, *RJ&D* 1998-IV (Inçal/Turkije), § 70-72; EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D* 1998-VII (Çiraklar/Turkey); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Karatas/Turkey); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Sürek/Turkey No. 1); EHRM 8 juli 1999, *RJ&D* 1999-IV (Baskaya and Okçuoglu/Turkey), *NJ* 2001/62, m.nt. Dommering

3 Opschorting van mensenrechtenbescherming in het kader van terrorismebestrijding

3.1 De opschortingsbepalingen in het EVRM en IVBPR: grenzen aan de mogelijkheden tot opschorting van mensenrechten

Sinds het ontbranden van de strijd tegen terrorisme is van diverse zijden en in diverse debatten aangevoerd dat in het kader van deze strijd zonodig zou moeten kunnen worden opgetreden zonder inachtneming van de normale mensenrechtelijke waarborgen. Let wel: dit wordt niet alleen aangevoerd door op hol geslagen politici of bestuurders, maar ook door een in 'mensenrechtenland' gezaghebbend analyticus als de Canadees Michael Ignatieff. In zijn recent in een Nederlandse vertaling verschenen boek *Het minste kwaad – Politiek en moraal in het tijdperk van terrorisme* stelt hij dat het hedendaagse terrorisme, met name voor zover dit afkomstig is uit fundamentalistisch islamitische hoek 'levensbedreigend' is voor de (westerse) democratieën. Als het fundamentalistische terrorisme, dat geen concrete doelen stelt, maar op de totale destructie van 'de vijand' uit is, over massavernietigingswapens zou beschikken, zouden democratieën een nederlaag kunnen lijden. In de strijd tegen dit terrorisme kan van een democratische rechtsstaat niet worden verlangd dat hij deze strijd voert met één op de rug vastgebonden hand. In bepaalde gevallen kan het nodig zijn om een uitzonderingstoestand te proclameren en ingrijpende veiligheidsmaatregelen te treffen die een grote inbreuk betekenen op bepaalde fundamentele rechten. De bescherming van deze rechten moet dan maar tijdelijk worden opgeschort (als 'minste kwaad') om ons tegen het kwaad van het terrorisme te kunnen verdedigen. Zelfs opschorting van het folterverbod lijkt voor Ignatieff bespreekbaar te zijn, al noemt hij dit wel 'waarschijnlijk het moeilijkste probleem in een ethiek van het minste kwaad'.[41] Wel wijst hij erop dat de democratie zich altijd zal moeten blijven realiseren dat deze opschorting van mensenrechtenbescherming 'een kwaad' is: opschorting van mensenrechten is geen normale situatie, maatregelen die opschorting van mensenrechtenbescherming tot consequentie hebben, moeten continu worden gecontroleerd. Deze controle kan plaatsvinden door democratische organen (daarop concentreert Ignatieff zich), maar ook door rechterlijke en zelfs internationale instanties. Op die internationale controle door de organen die toezicht houden op de naleving van het EVRM en het IVBPR – het EHRM en het VN-Mensenrechtencomité – concentreer ik mij hier.

Artikel 15 EVRM biedt de verdragsstaten de mogelijkheid bepaalde verplichtingen op grond van het verdrag op te schorten. Het IVBPR bevat in artikel 4 een vrijwel gelijkluidende bepaling. Deze beide opschortingsbepalingen bevatten een aantal hoofdregels met betrekking tot opschorting van de verdragsverplichtingen die de mogelijkheden voor de verdragsstaten op dit vlak in belangrijke mate begrenzen:

41 Ignatieff geeft overigens vervolgens zoveel historische voorbeelden die tegen foltering pleiten, dat er eigenlijk ook pragmatisch bezien bijna geen ruimte voor lijkt te bestaan. Zijn overzicht van de geschiedenis van terrorisme en terreurbestrijding laat zien dat het grootste gevaar voor de democratie veelal niet gevormd werd door het terrorisme, maar juist door de overreactie van regeringen.

- het proclameren van een uitzonderingstoestand waarin bepaalde verdragsrechten worden opgeschort is slechts mogelijk indien sprake is van een 'war or other public emergency threatening the life of the nation';
- de noodmaatregelen die een opschorting van bepaalde rechten betekenen mogen niet verder gaan dan 'to the extent strictly required by the exigencies of the situation' en mogen geen inbreuk betekenen op de overige internationale verplichtingen van de betreffende staat en geen discriminatie inhouden uitsluitend op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst;[42]
- bepaalde rechten mogen nimmer worden opgeschort, namelijk de rechten opgesomd in het tweede lid van beide opschortingsbepalingen (de zogenaamde 'notstandsfeste' rechten);
- indien een verdragsstaat een uitzonderingstoestand uitroept en wil afwijken van zijn verdragsverplichtingen, moet deze dit onverwijld melden bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, respectievelijk de VN (notificatieverplichting).

Hoewel er geen absolute termijnen in de beide opschortingsbepalingen worden genoemd, ademen zij beide uit dat de geschapen mogelijkheid van opschorting van bepaalde fundamentele rechten bedoeld is als een *tijdelijke* en relatief *kortdurende* noodmaatregel.

3.2 Hoe hoog moet de nood zijn?

De Straatsburgse organen zijn tot dusverre nog nooit geconfronteerd met zaken waarin staten een beroep deden op deze bepaling vanwege een oorlog, maar wel diverse malen vanwege een andere noodsituatie. Reeds in het *Lawless*-arrest (1961) bepaalde het EHRM dat van een 'public emergency' in de zin van artikel 15 sprake is in geval van 'an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed'. In latere jurisprudentie – onder meer het rapport van de Commissie in de statenklacht tegen Griekenland uit 1969[43] en het EHRM-arrest *Ierland/Verenigd Koninkrijk* uit 1978[44] is de interpretatie van het begrip 'public emergency' nog wat verder verfijnd, zodat we nu redelijk precies weten hoe groot de nood moet zijn, wil artikel 15 in beeld komen:[45]

a) er moet sprake zijn van een reeds ontstane of ophanden zijnde uitzonderlijke crisissituatie: dat wil zeggen dat de crisis niet reeds daadwerkelijk hoeft plaats te grijpen, maar wel

42 Deze laatste eis komt alleen voor in artikel 4 IVBPR, maar is in de jurisprudentie van het EHRM, onder verwijzing naar artikel 14 EVRM, ook a.h.w. geïncorporeerd in artikel 15.

43 ECieRM 5 november 1969 (rapport), appl.no. 3321-3 en 3344/67 (Denemarken, Noorwegen, Zweden en Nederland/Griekenland), *Yearbook ECHR* 1969 (The Greek Case), p. 72, § 153.

44 EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ierland/VK).

45 Het VN-Mensenrechtencomité heeft zich tot dusverre nog niet in heel strikte termen uitgelaten over de vraag hoe ernstig een crisissituatie moet zijn, wil er sprake zijn van 'public emergency' in de zin van artikel 4 IVBPR. Doorgaans worden in de literatuur de Straatsburgse maatstaven a.h.w. vertaald naar het IVBPR.

onvermijdelijk en op korte termijn aanstaande dient te zijn (hetgeen een crisis die mogelijkerwijs in de toekomst zou kunnen ontstaan uitsluit);

b) deze moet zijn effecten hebben op de gehele bevolking en dus niet slechts op een klein deel daarvan;

c) deze moet het openbare leven van de gemeenschap bedreigen en wel op zodanige manier dat de 'normale' mogelijkheden die het EVRM aan de verdragsstaten biedt om maatregelen te nemen die de uitoefening van bepaalde rechten te beperken ter bescherming van de openbare orde of staatsveiligheid onvoldoende zijn om de crisis het hoofd te bieden.

De criteria (b) en (c) betekenen niet dat *per se* sprake moet zijn van een ernstige crisissituatie die over het gehele land heeft verspreid. Dit kan onder meer weer worden afgeleid uit het feit dat het EHRM in de zaak *Ierland/VK* de ernstige, maar tot Noord-Ierland beperkte, crisis als voldoende aanmerkte om een beroep op artikel 15 te rechtvaardigen. In de literatuur wordt dit standpunt van het Hof doorgaans als redelijk aangemerkt aangezien niet van een staat kan worden verwacht dat deze wacht met het uitroepen van een noodtoestand en het opschorten van bepaalde mensenrechten tot een ernstige, maar geografisch beperkte crisis (zoals een regionale strijd tegen een terroristische afscheidingsbeweging) zich daadwerkelijk over het hele land heeft verspreid.[46] Zo'n geografisch beperkte crisis moet dan wel een serieuze bedreiging vormen voor 'some fundamental element of statehood, such as the functioning of the judiciary or legislature or the flow of crucial supplies' en een 'significant impact' hebben op de 'central institutions' van de staat.[47]

3.2 Toetsing met een zeer ruime *margin of appreciation*

Zoals ik reeds eerder in dit tijdschrift betoogde,[48] staat de door de Commissie en Hof gecreëerde duidelijkheid over de inhoud van het criterium 'public emergency threatening the life of the nation' in schril contrast met de wijze waarop aan dit criterium wordt getoetst. Sinds het bovenvermelde arrest *Ierland/Verenigd Koninkrijk* neemt het Hof namelijk als uitgangspunt dat bij de beoordeling of sprake is van een 'public emergency' in de zin van artikel 15 aan de nationale autoriteiten een *wide margin of appreciation* moet worden gelaten.[49] Iets minder duidelijk nam het Hof dit standpunt ook al in in het *Lawless*-arrest en uiteindelijk is de geringe toetsingsintensiteit terug te voeren op het Commissie-oordeel in de allereerste zaak waarin artikel 15 aan de orde kwam, namelijk de zaak *Griekenland/Verenigd Koninkrijk* (de eerste Cyprus-zaak) uit 1956. De argumenten die het Hof in het algemeen aanvoert voor het toekennen van een *margin of appreciation* – het subsidiaire karakter van het Straatsburgse toezichtsmechanisme

46 O.m. Th. Buergenthal, 'To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations', in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press 1981, p. 80; J. Hartman, 'Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies', in: *Harvard International Law Journal* 1981, p. 16.

47 Hartman 1981 (*supra* noot 4), p. 16.

48 Zie mijn 'advies aan EM' in *NJCM-Bulletin* 2004, p. 963-967.

49 EHRM 18 januari 1978, *Series A* vol. 25 (Ierland/VK), § 205.

en het feit dat de nationale autoriteiten in een betere positie verkeren om exact te kunnen beoordelen welke maatregelen nodig zijn om een bepaald gerechtvaardigd doel te bereiken – wegen in artikel 15-zaken extra zwaar.

Het toekennen van zo'n extra ruime *margin of appreciation* ten aanzien van de vraag of sprake is van een 'public emergency' in de zin van artikel 15 komt er in de praktijk op neer dat vrijwel elke crisisachtige situatie die door een verdragsstaat wordt aangevoerd door het EHRM wordt geaccepteerd als 'public emergency' en dus als reden om de grondrechtenbescherming van het EVRM naar een lager niveau terug te schroeven. Dit bleek al in het *Lawless*-arrest (zo ontzettend ernstig waren de door de IRA ontplooide terroristische activiteiten anno 1959 nog helemaal niet) en het meest schrijnend werd dit duidelijk in het arrest *Brannigan and McBride* uit 1993,[50] waarin het EHRM de aanwezigheid van een 'public emergency' aanvaarde terwijl er geenszins sprake was van een toenemend IRA-terrorisme, maar alleen van een EHRM-arrest dat de Britse regering onwelgevallig was (het *Brogan*-arrest uit 1988, waarin het Hof de op grond van de Noord-Ierse antiterrorismewetgeving gehanteerde periode van detentie zonder voorgeleiding aan een rechter te lang en daarom in strijd met artikel 5 lid 3 EVRM oordeelde, vormde voor de Britse regering aanleiding om de verdragsverplichtingen onder artikel 5 lid 3 en 5 op te schorten). Bovendien heeft deze rekkelijkheid van het Hof er mede toe geleid dat bepaalde staten, in het bijzonder het Verenigd Koninkrijk, voor zeer lange periodes van soms tientallen jaren wetgeving in werking hadden die een opschorting van enkele EVRM-rechten met zich bracht. Hoezo tijdelijk?

3.3 Gevaren van de Straatsburgse rekkelijkheid (een vooruitblik op deel II)

De zeer geringe toetsingsintensiteit die het EHRM aan de dag legt bij de vraag of sprake is van een 'public emergency threatening the life of the nation' heeft consequenties voor de houding die staten aan de dag leggen bij het doen van een beroep op artikel 15 EVRM en levert daardoor belangrijke risico's op voor het niveau van de Europese mensenrechtenbescherming. In het arrest Brannigan en McBride kwam het Verenigd Koninkrijk (VK) weg met het uitroepen van een grondrechtenopschortende noodtoestand met als directe aanleiding een veroordeling door het Straatsburgse Hof (zodat het eigenlijk het EHRM was dat het VK een noodtoestand bezorgde). Nadat in 1988 de Britten opnieuw een beroep deden op artikel 15 en hun verdragsverplichtingen onder artikel 5 lid 3 en 5 EVRM gold deze 'noodtoestand', ondanks de drastische afname van IRA-geweld, tot het voorjaar van 2001. Toen berichtte de Britse regering zich weer volledig te conformeren aan alle verdragsverplichtingen.

Echter, na de aanslagen van 11 september 2001 in de Verenigde Staten, werd in het VK in een razend tempo nieuwe anti-terrorismewetgeving tot stand gebracht en door het parlement geloodst. In deze wetgeving werden mogelijkheden geschapen om verdachten van terroristische activiteiten tot zeven dagen vast te houden zonder voorgeleiding aan een rechter (een overschrijding van de *Brogan*-norm). De inwerkingtreding van deze wetgeving was voor de Britse regering

50 EHRM 22 april 1993, Series A Vol. 258-B (Brannigan and McBride/VK), *NJCM-Bulletin* 1993, p. 793-810, m.nt. Loof.

reden om (wederom) een beroep te doen op artikel 15 EVRM (en artikel 4 IVBPR) om de verdragsverplichtingen onder artikel 5 EVRM (en artikel 9 IVBPR) op te schorten. Na het EHRM was het dus nu Osama Bin Laden's actie tegen de VS die het VK een noodtoestand bezorgde. De vraag die daarbij uiteraard rijst, is of een aanslag in de VS in het VK een 'public emergency threatening the life of the nation' kan opleveren. Kan de dreiging van terrorisme, zonder dat sprake is van een ernstige verstoring van het functioneren van het openbaar bestuur of de rechterlijke macht, onder artikel 15 EVRM en artikel 4 IVBPR een voldoende rechtvaardiging vormen voor de opschorting van bepaalde mensenrechten? En: welke rechten mogen nu *wel* en welke mogen *niet* worden opgeschort?

Hierover, en ook over de internationale discussie met betrekking tot de vraag of de huidige toezichtsmechanismen voldoen om het overheidsoptreden in de strijd tegen terrorisme afdoende te controleren op conformiteit met belangrijke mensenrechtelijke waarborgen, volgt een nadere uiteenzetting in het tweede deel van dit artikel.