



Universiteit
Leiden
The Netherlands

“To derogate or not to derogate, that’s the question”: over het EHRM en de beoordeling van noodtoestandsmaatregelen

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2025). “To derogate or not to derogate, that’s the question”: over het EHRM en de beoordeling van noodtoestandsmaatregelen. *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, (1), 1-19.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4284898>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4284898>

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



“To derogate or not to derogate, that’s the question”. Over het EHRM en de beoordeling van noodtoestandsmaatregelen

Versie 1

Documentgegevens

Dit document is een afdruk van een originele publicatie op PUC Open Data.

Originele versie:

Citeertitel: "To derogate or not to derogate, that's the question". Over het EHRM en de beoordeling van noodtoestandsmaatregelen

Permalink: https://puc.overheid.nl/doc/PUC_802146_11

Soort document:

Type: Publicaties - Beschouwing

Bron: Ministerie van Defensie

Versie en datums:

Versie: 1

Laatste wijziging: 03-10-2025

Publicatiegegevens:

Kanaal: MRT

Vorm: origineel PUC document

Referentienummer: PUC_802146_11

Overige referentienummers: MRT 2025/3

Toegankelijkheid: Extern

Publicatiedatum: 03-10-2025

Taal: nl

Verrijking gepubliceerd bij document:

Thema's:

- Jaargang 2025
- Beschouwing

Inhoudsopgave

'To derogate or not to derogate, that's the question'. Over het EHRM en de beoordeling van noodtoestandsmaatregelen.....	4
1 Inleiding.....	5
2 Het staatsnood-artikel uit het EVRM: een beknopt overzicht.....	6
3 De noodtoestand in Frankrijk na de aanslagen in Parijs.....	8
4 Mensenrechtelijke kritiek op de Franse noodtoestand.....	11
5 Toetsing van de Franse noodtoestandsmaatregelen door het EHRM.....	13
5.1 Gedeeltelijk huisarrest is geen vrijheidsbeneming.....	13
5.2 Toetsing van de inperking van de bewegingsvrijheid.....	13
Bij wet voorzien.....	14
Noodzakelijkheid en proportionaliteit van het huisarrest.....	16
Het functioneren van de nationaalrechtelijke waarborgen.....	16
Voldoende bewijs van betrokkenheid bij terroristische activiteiten?.....	16
6 Enkele conclusies.....	18

'To derogate or not to derogate, that's the question'. Over het EHRM en de beoordeling van noodtoestandsmaatregelen

Door mr. dr. J.P. Loof¹

1 Mr. dr. J.P. Loof is raadsheer (in opleiding) bij de Centrale Raad van Beroep, gastdocent en -onderzoeker bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en medewerker van dit tijdschrift.

1 Inleiding

Het staatsnoodrecht staat in Nederland weer volop in de belangstelling. Tijdens de coronacrisis is gebleken dat het Nederlandse staatsnoodrecht niet of nauwelijks is toegesneden op het type crisissituaties zoals toen aan de orde was.² Het Nederlandse staatsnoodrecht is nog grotendeels geschoeid op de leest van de Tweede Wereldoorlog. Weliswaar vond in het midden van de jaren '90 van de vorige eeuw, in het verlengde van de grondwetsherziening 1983, een moderniseringsoperatie plaats die uitmondde in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, maar die veranderde niet of nauwelijks iets aan het type noodbevoegdheden dat in het staatsnoodrecht geregeld is. Nu heeft de Russische inval in Oekraïne in februari 2022 bewezen dat die 'klassieke' noodbevoegdheden zeker niet overbodig zijn, omdat de dreiging van een transnationaal gewapend conflict ook in West-Europa aanwezig is, maar voor een noodsituatie als de coronacrisis zijn weer andere bevoegdheden nodig.

Al tijdens de coronacrisis nam de Tweede Kamer dan ook een motie aan waarin het kabinet werd opgeroepen tot een evaluatie en actualisering van het huidige staatsnoodrecht.³ Inmiddels wordt daaraan gewerkt: er is een kader met algemene uitgangspunten voor de modernisering van het staatsnood- en crisishet opgesteld en inmiddels is er ook een zogenoemde 'interdepartementale routekaart' voor een stapsgewijze modernisering van het staatsnoodrecht in de komende jaren.⁴ Daarnaast zijn er in de wetenschappelijke literatuur voorstellen geformuleerd voor een meer eigentijds staatsnoodrecht.⁵

In het licht van deze Nederlandse ontwikkelingen rondom het staatsnoodrecht wordt in deze bijdrage bezien hoe het zit met de internationale mensenrechtelijke dimensie van het staatsnoodrecht. Die mensenrechtelijke dimensie is zeer relevant, want een belangrijk kenmerk van veel van de overheidsbevoegdheden die in het staatsnoodrecht worden geregeld is dat zij inbreuk maken op de uitoefening van fundamentele (vrijheids)rechten van burgers: uitzonderlijke inbreuken die verder gaan dan in 'normale tijden' is toegestaan. Mensenrechtenverdragen als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) bevatten dan ook een speciaal artikel dat ziet op situaties van staatsnood. Artikel 15 EVRM en (het vrijwel gelijklopende) artikel 4 IVBPR bepalen dat de verdragsstaten tijdens 'a public emergency threatening the life of the nation' maatregelen mogen nemen die afwijken (in de Engelse verdragstekst: *derogate*) van hun normale verdragsverplichtingen.⁶ Er lijkt dus sprake van een zekere parallel: als op nationaal niveau een uitzonderingstoestand wordt uitgeroepen op grond waarvan noodmaatregelen kunnen worden getroffen die omvangrijkere vrijheidsbeperkingen voor burgers opleveren dan normaliter zouden zijn toegestaan, dan worden die nood(toestands)maatregelen beoordeeld door de lens van noodtoestandsbepalingen uit de mensenrechtenverdragen.

Zo eenvoudig is het echter niet. Deze bijdrage laat zien dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) maatregelen die volgens het nationale recht alleen tijdens een noodtoestand genomen mogen worden niet per se beoordeelt als uitzonderlijke maatregelen, die een staat alleen mag nemen als die zich beroept op het speciale staatsnoodartikel van het EVRM. Dit blijkt onder meer uit enkele recente arresten van het EHRM die betrekking hebben op anti-terrorismemaatregelen die voortvloeiden uit de noodtoestand die in Frankrijk werd uitgeroepen na de terreuraanslagen van november 2015 in Parijs.

2 Zie daarover: J. Vink, 'Het Nederlandse staatsnoodrecht. Wat te doen met de EHBO-trommel als die niet op orde is?', *NJB* 2020/1134.

3 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 526, nr. 42.

4 *Kamerstukken II* 2022/23, 29 668 en 26 956, nr. 69 en *Kamerstukken II* 2023/24, 29 668 en 26 956, nr. 70. Volgens deze routekaart zal het ministerie van Defensie 'parallel aan de herziening van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag, de Oorlogswet voor Nederland (...) herzien. De andere wetten die zien op buitengewone omstandigheden waar Defensie eerstverantwoordelijke is – zoals de Wet militaire inundatiën – zullen ook bekeken worden tegen de achtergrond van de veranderde krijgsmacht en overeenkomstig aangepast worden'.

5 Zie o.m. A.J. Wierenga, 'Naar een bruikbaar, eigentijds en logisch consistent staatsnoodrecht', *NJB* 2022/865.

6 Zie voor een uitvoerige behandeling van beide verdragsartikelen: J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

2 Het staatsnood-artikel uit het EVRM: een beknopt overzicht

Het is een bekend gegeven: de meeste EVRM-rechten zijn niet absoluut. Rechten als de vrijheid van meningsuiting, de demonstratievrijheid of het recht op privacy zijn in het EVRM (doorgaans in het tweede lid van het betreffende artikel) voorzien van een clause op grond waarvan de Staat de uitoefening van het betreffende recht mag beperken. Artikel 15 EVRM biedt staten echter de mogelijkheid om – tijdelijk – bepaalde verplichtingen op grond van het EVRM als het ware op te schorten. Nu is opschorten in wezen niet de juiste term, want het is zeker niet zo dat artikel 15 staten de ruimte biedt om de bescherming van bepaalde EVRM-rechten volledig tot nul af te schalen. Wel staat artikel 15 staten toe om de bescherming van EVRM-rechten tot een lager niveau terug te brengen. Aan dat lagere beschermingsniveau stelt artikel 15 echter wel allerlei grenzen:

- die lagere bescherming van EVRM-rechten mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk en proportioneel is (lid 1);
- de betreffende staat moet mededeling doen van de afwijking van de verdragsverplichtingen aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa (lid 3); en
- van een viertal EVRM-rechten mag sowieso nimmer worden afgeweken (lid 2; de *notstandsfeite* of niet-opschortbare rechten), nl. het recht op leven (artikel 2 EVRM), het verbod van foltering en onmenselijke behandeling (artikel 3 EVRM), het verbod van slavernij en dwangarbeid (artikel 4 EVRM) en het verbod op strafwetgeving met terugwerkende kracht (artikel 7 EVRM).

In wat voor type omstandigheden kan een verdragsstaat gebruik maken van de afwijkingsmogelijkheid? Het eerste lid van artikel 15 EVRM stelt dat dit kan in het geval van (a) een oorlog of (b) een andere algemene noodtoestand die het voortbestaan van de natie bedreigt. Nu is de term noodtoestand zoals die in de officiële Nederlandse vertaling van artikel 15 wordt gebruikt eigenlijk misplaatst. Immers met de term 'noodtoestand' of 'uitzonderingstoestand' wordt doorgaans gedoeld op een wettelijk regime dat gedurende een bepaalde periode van toepassing is. In de originele Engelse verdragstekst (ik haalde dat hierboven al aan) staat 'public emergency threatening the life of the nation', waarmee niet zozeer verwezen wordt naar een wettelijk regime, maar juist naar een feitelijke, ernstige crisissituatie.

Het EHRM kan – zo nodig ambtshalve – toetsen of is voldaan aan deze voorwaarde voor het toepassen van de afwijkingsmogelijkheid en in de jurisprudentie van het Hof (en daarvoor reeds van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens) is bepaald dat om te kunnen spreken van een 'public emergency' in de zin van artikel 15 de crisissituatie een aantal kenmerken moet hebben: (a) het moet gaan om een actuele of op handen zijnde noodsituatie, (b) die gevolgen heeft voor het hele land, (c) die een bedreiging vormt voor het georganiseerde leven van de gemeenschap en (d) niet afdoende bestreden kan worden met gebruikmaking van de gewone/gebruikelijke middelen ter handhaving van de openbare orde en veiligheid.⁷ Belangrijk – en bepalend – is echter dat het EHRM aan de nationale autoriteiten van de betreffende verdragsstaat een ruime 'margin of appreciation' gunt om vast te stellen of er daadwerkelijk sprake is van een zodanige noodsituatie. In de woorden van het EHRM:

'By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it'.⁸

⁷ ECieRM 5 november 1969 (rapport), nr. 3321-3 en 3344/67, *Yearbook ECHR* 1969 (*The Greek Case*), p. 72, par. 153.

⁸ EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071 (*Ierland t. VK*), par. 207. Herhaald in: EHRM 26 mei 1993, nrs. 14553/89 en 14554/89, ECLI:CE:ECHR:1993:0526JUD00145538 (*Brannigan en Mc Bride t. VK*); EHRM 18 december 1996, nr. 21987/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793 (*Aksoy t. Turkije*); EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (*A. en anderen t. VK*); EHRM 20 maart 2018, nr. 16538/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD001653817 (*Sahin Alpay t. Turkije*); EHRM 20 maart 2018, nr. 13237/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD001323717 (*Mehmet Hasan Altan t. Turkije*).

Deze redelijk marginale toets door het EHRM leidt ertoe dat tot dusverre het standpunt van de regering ten aanzien van het bestaan van een ernstige noodsituatie eigenlijk altijd door het EHRM is overgenomen. Zo werd bijvoorbeeld in het arrest *A. en anderen t. het Verenigd Koninkrijk* door het Hof geaccepteerd dat de terroristische aanslagen in de Verenigde Staten van 11 september 2001 ook in het VK zorgden voor een 'public emergency' die rechtvaardigde dat de Britse regering noodmaatregelen uitvaardigde die afweken van de verplichtingen onder artikel 5 EVRM, hoewel er op dat moment nog geen sprake was van enige aan Al Qaida te relateren terreuraanslag in het VK (die zouden pas enkele jaren later volgen). Het EHRM stelde zich evenwel op het standpunt dat ook reeds de reële dreiging van terreuraanslagen een noodsituatie in de zin van artikel 15 kan opleveren.⁹ Er hoeft dus geen sprake te zijn van reeds plaatsvindende ernstige verstoringen van het openbare leven.

In datzelfde arrest gaf het Hof ook aan dat indien er een toetsing aan het 'public emergency'-criterium heeft plaatsgevonden door nationale rechterlijke instanties, de EHRM-supervisie beperkt blijft tot een check op onjuiste toepassing van de verdragsbepaling en de daarop betrekking hebbende EHRM-jurisprudentie door de nationale rechter, dan wel op een manifest onredelijke conclusie getrokken door die rechter.¹⁰ Toen het EHRM enkele jaren geleden moest oordelen over maatregelen van de Turkse regering ten tijde van de door president Erdogan uitgeroepen noodtoestand na de mislukte poging tot een staatsgreep in 2016, overwoog het EHRM opnieuw dat het gegeven dat het Turkse constitutionele hof had geoordeeld dat de poging tot staatsgreep een ernstige bedreiging voor het voortbestaan van de staat opleverde meewoog bij zijn standpuntbepaling over de aanwezigheid van een noodsituatie in de zin van art. 15.¹¹

Ook met betrekking tot de eis dat de crisissituatie gevolgen moet hebben voor het hele land is de toets door het EHRM niet heel streng of indringend. Zo stelde het Hof in het arrest *Aksoy t. Turkije* in één korte zin vast dat de mate en impact van terroristische activiteiten van de Koerdische Arbeidersbeweging PKK, hoewel die geografisch beperkt bleven tot Zuid-Oost Turkije, 'without doubt' een 'public emergency threatening the life of the nation' hadden gecreëerd.¹² Ook een min of meer regionale crisissituatie kan dus wel degelijk het hele land raken.

9 EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (*A. en anderen t. VK*), par. 180. Zie daarover o.m. J.P. Loof, 'Crisis Situations, Counterterrorism and Derogation from the European Convention on Human Rights. A Threat Analysis' in: A.C. Buyse (red.), *Margins of Conflict. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict*, Antwerp-Cambridge-Portland: Intersentia, p. 35-56.

10 EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (*A. en anderen t. VK*), par. 174.

11 EHRM 20 maart 2018, nr. 16538/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD001653817 (*Sahin Alpay t. Turkije*), par. 77; EHRM 20 maart 2018, nr. 13237/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD001323717 (*Mehmet Hasan Altan t. Turkije*), par. 93.

12 EHRM 18 december 1996, nr. 21987/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793 (*Aksoy t. Turkije*), par. 70.

3 De noodtoestand in Frankrijk na de aanslagen in Parijs

Op de avond van 13 november 2015 vonden in Parijs twee terroristische aanslagen plaats, waarbij 130 mensen werden gedood en 351 mensen gewond raakten. Deze geweldsdaden vormden voor de Franse regering aanleiding om nog diezelfde nacht een noodtoestand uit te roepen: de *état d'urgence*.¹³ Deze noodtoestand is geregeld in een wet die stamt uit de tijd van de Algerijnse oorlog: *Loi No. 55-385 du 3 avril 1955*.¹⁴ Volgens artikel 1 van deze wet kan deze noodtoestand worden uitgeroepen 'in geval van dreigend gevaar als gevolg van ernstige verstoringen van de openbare orde, of in geval van gebeurtenissen die naar hun aard en ernst het karakter van een openbare calamiteit hebben (vert. JPL)'. Tijdens de noodtoestand zijn allerlei buitengewone maatregelen toepasbaar, die vergaande inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden mogelijk maken, waaronder het opleggen van huisarrest door de regering (dus niet door een rechter), het opleggen van gebiedsverboden, het doen van huiszoekingen zonder voorafgaande rechterlijke machtiging (zowel overdag als 's nachts¹⁵), het verbieden van demonstraties en andere publieke samenkomsten, het sluiten van gebouwen van samenkomst (waaronder moskeeën) en het ontbinden van organisaties. Conform het derde lid van artikel 15 EVRM deed de Franse regering ook melding aan de secretaris-generaal van de Raad van Europa dat tijdens de noodtoestand zou kunnen worden afgeweken van de verplichtingen onder het EVRM.¹⁶

Overigens kent het Franse constitutionele recht naast een noodtoestand gebaseerd op de wet uit 1955 nog twee andere typen noodtoestanden. Artikel 16 van de Franse grondwet van 1958 kent de president van de republiek de bevoegdheid toe om in een crisissituatie waarin 'de instellingen van de Republiek, de onafhankelijkheid van de Natie, de integriteit van haar grondgebied of de nakoming van haar internationale verplichtingen ernstig en onmiddellijk worden bedreigd en de normale werking van de constitutionele overheidsinstanties wordt onderbroken (vert. JPL)', alle maatregelen te treffen die door deze omstandigheden worden vereist.¹⁷ Die presidentiële maatregelen moeten dan gericht zijn op het herstel van de normale constitutionele ordening en het effectief functioneren van het openbaar bestuur.¹⁸ Hoewel de term als zodanig in de Franse grondwet niet wordt gebruikt, komt de uitoefening van deze presidentiële noodbevoegdheden in wezen neer op het creëren van een uitzonderingstoestand. Naast deze artikel 16-uitzonderingstoestand kent artikel 36 grondwet dan nog de mogelijkheid van het uitroepen van een staat van beleg, die een meer militair karakter heeft. De staat van beleg moet worden ingesteld bij decreet van de ministerraad voor maximaal twaalf dagen. Verlenging is alleen mogelijk met instemming van het parlement. De staat van beleg is in wezen een heel oud en in zekere zin ook ouderwets juridisch instrument. De bakermat van dit juridisch regime ligt al in een Franse wet uit 1791 en ook nu nog zijn voor het uitroepen van de staat van beleg twee oude wetten van 9 augustus 1859 en 3 april 1878 relevant.¹⁹ Deze wetten maken duidelijk dat de staat van beleg bedoeld is voor een feitelijke oorlogssituatie (inval door een buitenlandse mogendheid) of een gewapende opstand. Tijdens de staat van beleg komen alle openbare-ordebevoegdheden te liggen bij de militaire autoriteiten. De

13 Deze noodtoestand werd reeds in de avond van 13 november publiekelijk aangekondigd door president Hollande en trad de volgende ochtend in werking, nadat de Franse ministerraad het besluit daartoe officieel had bevestigd en bekendgemaakt: Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015, raadpleegbaar via <https://www.legifrance.gouv.fr>.

14 Te raadplegen via: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000031504662/>.

15 In veel rechtsstelsels, zo ook in het Franse, is het verrichten van huiszoekingen gedurende nachtelijke uren verboden of slechts in zeer bijzondere omstandigheden toegestaan.

16 De mededeling van de Franse regering is te raadplegen via: <https://rm.coe.int/090000168048d867>. Opgemerkt zij dat zo'n mededeling volgens art. 15 lid 3 EVRM informatie moet bevatten over 'the measures taken and the reasons therefore'. De Franse mededeling bevatte weliswaar een uitvoerige bijlage waarin uiteengezet werd welke wetgeving als gevolg van het uitroepen van de noodtoestand in werking was gesteld, maar stelde verder slechts dat het zo zou kunnen zijn dat door de noodtoestandsmaatregelen werd afgeweken van bepalingen van het EVRM ('sont susceptible d'impliquer une dérogation') en gaf niet aan welke dat dan zouden zijn.

17 Zie de eerste alinea van art. 16 Franse grondwet.

18 Zie de derde alinea van art. 16 Franse grondwet.

19 J. Gicquel & J.E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Montchrestien 2009, p. 618-619. Zie ook Loof 2005, § 2.3.4.

rechtsmacht van militaire rechtbanken wordt uitgebreid tot alle burgers en ook opschorting van bepaalde grondrechten is toegestaan. Zo kunnen onder meer de vrijheid van vereniging en vergadering en de vrijheid van meningsuiting worden opgeschort (bijeenkomsten en publicaties die als een bedreiging voor de openbare orde worden beschouwd, kunnen zonder meer worden verboden). Daarnaast heeft het militair gezag onbeperkte bevoegdheden tot het verrichten van huiszoekingen en tot deportatie van personen die niet wonen in het gebied waarvoor de staat van beleg geldt.²⁰

De Franse regering liet het overigens niet bij de maatregelen die de wet uit 1955 mogelijk maakte. Na het instellen van de *état d'urgence* werden diverse wetsvoorstellen ingediend om aanvullende maatregelen mogelijk te maken. Een van die voorstellen behelsde het toepassen van administratieve detentie voor onbepaalde tijd op personen van wie vermoed werd dat ze waren geradicaliseerd en bereid tot het plegen van aanslagen. Dit wetsvoorstel werd echter ingetrokken nadat de Franse Raad van State in haar wetgevingsadvies – terecht²¹ – tot de conclusie kwam dat dit onverenigbaar zou zijn met het EVRM.²² Een ander wetsvoorstel beoogde om de *état d'urgence* zoals geregeld in de wet uit 1955 een plaats te geven in de Franse grondwet. De belangrijkste argumenten hiervoor waren dat het eigenlijk vreemd is dat fundamentele, constitutioneel gegarandeerde, rechten op basis van een 'gewone' wet vergaand ingeperkt of 'opgeschort' konden worden. Daarnaast zou de grondwetsaanpassing onomstotelijk kunnen vastleggen dat de *état d'urgence* meer dan één keer verlengd zou kunnen worden. In de Franse constitutionele doctrine was namelijk niet geheel uitgekristalliseerd of dat juridisch mogelijk was (bij de totstandkoming van de wet in 1955 was uitgesproken dat dit niet de bedoeling was, maar het was in 1961-62 wel een keer gebeurd). Met 317 stemmen voor en 199 tegen ging de *Assemblée Nationale* (de Franse Tweede Kamer) akkoord met deze grondwetswijziging en ook in de Senaat haalde het wetsvoorstel een meerderheid. Maar voor een grondwetswijziging in Frankrijk is na deze goedkeuring nog een extra stemming nodig in een verenigde vergadering van beide kamers van het parlement en daar moet dan een drie-vijfde meerderheid instemmen. Voordat deze stemming in 2016 zou plaatsvinden trok de regering het wetsvoorstel in.²³ Dit had onder meer te maken met de hoog oplopende politieke commotie – vooral binnen de socialistische partij van toenmalig president Hollande – over een ander onderdeel van deze grondwetswijziging, namelijk het voorstel om veroordeelde terroristen met een dubbele nationaliteit de Franse nationaliteit te ontnemen.²⁴ Vanwege haar principiële bezwaren tegen zowel de 'constitutionalisering' van de *état d'urgence* als de denaturalisatie van veroordeelde terroristen diende minister van Justitie Christiane Taubira enkele dagen voor de parlementaire behandeling haar ontslag in. Zij gaf aan beide onderdelen te beschouwen als een aantasting van de fundamentele republikeinse waarden en invoering ervan op te vatten als een 'overwinning voor de terroristen'.²⁵ Uiteindelijk zou die mogelijkheid van denaturalisatie van veroordeelde terroristen ruim een jaar later alsnog gestalte krijgen via een aanpassing van het Franse burgerlijk wetboek, dus zonder dat er een grondwetswijziging aan te pas kwam.

De *état d'urgence* werd verschillende keren verlengd en zou uiteindelijk tot 1 november 2017 duren. Nog niet eerder in de Franse geschiedenis werd de wet van 1955 voor zo'n lange periode toegepast. Een aankondiging om de noodtoestand eerder te beëindigen, per 26 juli 2016, werd ijlings ingetrokken nadat op 14 juli 2016 opnieuw een terroristische aanslag met vele tientallen dodelijke slachtoffers plaatsvond, ditmaal in Nice. Dat de noodtoestand per november 2017 werd opgeheven was vooral het gevolg van het eind oktober 2017 in werking treden van een nieuwe anti-terrorismewet, die verschillende van de

20 Een Engelse vertaling van de wet van 9 augustus 1849 is opgenomen in C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton: Princeton University Press 1948, p. 82-83.

21 Dat een dergelijke maatregel in strijd komt met art. 5 EVRM kan o.m. worden afgeleid uit: EHRM 19 februari 2009, nr. 3455/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505 (A. en anderen/VK), § 137.

22 Conseil d'État, *Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risques de terrorisme*, No. 390867, 17 december 2015

23 Pasquale Pasquino, 'Constitutionalizing Emergency Power in a Time of Jihadist Terrorism: France 2016 as a Case of Misunderstanding and Failure', *German Law Journal* 2018, p. 262.

24 Pasquino 2018, p. 263.

25 Zie: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/christiane-taubira-resigns-icon-of-the-french-left-leaves-in-protest-over-president-hollandes-plans-a6837771.html> (laatst geraadpleegd op 4 april 2024).

noodmaatregelen uit de *état d'urgence* als het ware overhevelde naar het normale Franse rechtssysteem en toepasbaar maakte buiten de noodtoestand om.²⁶

26 *Loi 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.*

4 Mensenrechtelijke kritiek op de Franse noodtoestand

In de periode dat de *état d'urgence* gold, werd forse kritiek geuit op dit noodtoestandsregime.²⁷ Niet alleen ngo's als *Human Rights Watch* en *Amnesty International*, maar ook de Mensenrechtenadviescommissie van het Franse parlement (CNCDH) en het nationale mensenrechteninstituut (de *Défenseur des droits*) bekritiseerden de wijze waarop de noodtoestandsmaatregelen gereguleerd waren en toegepast (telkens verlengd) werden.²⁸ Er kwam zelfs een gezamenlijke verklaring van een vijftal speciaal rapporteurs van de VN waarin stond dat de Franse noodtoestand een excessieve en disproportionele inperking van fundamentele vrijheden opleverde.²⁹ Kernpunten van de kritiek van al deze mensenrechten-actoren waren:

- de vaagheid van de wettelijke toepassingscriteria voor de noodmaatregelen;
- het dikwijls geheime karakter van de aanwijzingen die voor overheidsdiensten aanleiding vormden om noodmaatregelen toe te passen op bepaalde individuen: het overheidsoptreden werd niet zelden gebaseerd op zogenoemde 'notes blanches', dat wil zeggen op anonieme documenten zonder datum of handtekening die slechts in vage bewoordingen beschreven waarvan een persoon werd verdacht of waarmee een persoon in verband werd gebracht en niet aangaven uit welke bron deze informatie afkomstig was;
- het verschuiven van rechterlijke toetsing: in plaats van een voorafgaande toets door de strafrechter bij zaken als huiszoekingen en huisarrest, nu een toets achteraf door de bestuursrechter;
- het op onduidelijke gronden sluiten van Islamitische gebedshuizen;
- het stigmatiserende effect van de toegepaste huiszoekingen en huisarresten: deze vonden namelijk vrijwel uitsluitend plaats bij (verondersteld) Islamitische personen waarvan vermoed werd dat zij waren geradicaliseerd en die al langer in de gaten werden gehouden door de politie- en veiligheidsdiensten of door familie, burens, collega's bij de autoriteiten waren aangegeven als potentieel gevaarlijke individuen;
- het te ruimhartige gebruik van de noodbevoegdheden in gevallen die niets met terrorisme van Islamitische radicalen te maken hadden.

Wat dat laatste betreft werden vooral het toepassen van huisarrest en gebiedsverboden op klimaatdemonstranten rond de VN-Klimaatconferentie (COP21) die eind november 2015 in Parijs plaatsvond en op protesteersders tegen de hervorming van de arbeids- en pensioenwetgeving in het voorjaar van 2016 als misbruik van bevoegdheid beschouwd. Als het gaat om de huiszoekingen en huisarresten is relevant dat deze maatregelen niet slechts incidenteel werden toegepast. In het eerste jaar van de noodtoestand ging het om 4181 huiszoekingen en 647 personen onder huisarrest. 93 personen bleven gedurende maandenlange perioden onder huisarrest. Uiteindelijk leidden die grote aantallen huiszoekingen en huisarresten slechts tot 20 strafrechtelijke onderzoeken voor terroristische samenzwering en tot 41 gevallen van strafvervolging voor uitingsdelicten (vooral voor het vergoelijken van terrorisme).³⁰ Grote aantallen personen die te maken kregen met zeer indringende privacy-inbreuken als gevolg van de

27 Zie voor een beknopt overzicht van die kritiek: B. Boutin & C. Paulussen, 'From the Bataclan to Nice: A Critique of France's State of Emergency Regime', *Security and Human Rights* 2015, p. 231-238.

28 Human Rights Watch, *France: Abuses Under State of Emergency*, rapport van 2 februari 2016; Amnesty International, *Upturned lives: The disproportionate impact of France's state of emergency*, rapport van 4 februari 2016; CNCDH, *Statement of Opinion on the Constitutional Bill for the Protection of the Nation*, 18 februari 2016; Défenseur des droits, *Avis 16-03: Suivi de l'état d'urgence*, advies van 25 januari 2016; Amnesty International, *Punished without trial: the use of administrative control measures in the context of counter-terrorism in France*, Londen 2018.

29 OHCHR, *UN rights experts urge France to protect fundamental freedoms while countering terrorism*, 19 januari 2016.

30 Gegevens ontleend aan: Flora Hergon, 'The State of Emergency at Home: House Arrests, House Searches, and Intimacies in France', *Conflict and Society: Advances in Research* 2021, vol. 7, p. 42-59. Zij baseert zich grotendeels op: Assemblée Nationale, *Rapport d'information n°4281 au nom de la Commission des lois sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence présenté par MM. Dominique Raimbourg et Jean-Frédéric Poisson*, December 2016, p. 49.

noodmaatregelen werden dus nooit vervolgd, laat staan veroordeeld, voor terroristische activiteiten. Zij bleven echter wel zitten met het stigma van 'in verband te zijn gebracht met terroristische activiteiten'.³¹

31 Hergon 2021 beschrijft, onder meer aan de hand van interviews met betrokkenen, hoe de toepassing van deze maatregelen bij hen 'a new set of embodied emotions including fear, anxiety, and depression' veroorzaakte.

5 Toetsing van de Franse noodtoestandsmaatregelen door het EHRM

In 2023 en 2024 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een drietal arresten een oordeel gegeven over de toepassing van noodtoestandsmaatregelen in Frankrijk na de aanslagen in Parijs: in de zaken *Pagerie*, *Fanouni* en *Domenjoud*.³² De klager in de eerste zaak, *Pagerie*, is aanvankelijk gearresteerd en enige tijd vastgehouden vanwege een terrorismeverdenking. Na vrijlating wordt hem een combinatie van maatregelen opgelegd: een gebiedsverbod (hij mocht zijn woonplaats Angers niet verlaten); een meldingsplicht (drie maal daags melden bij een politiebureau); een contactverbod met een specifieke andere persoon; en een gedeeltelijk huisarrest (tussen 20:00 en 6:00 woning niet verlaten). Deze maatregelen duurden in totaal dertien maanden. Ook in de zaak *Fanouni* ging het om een gedeeltelijk huisarrest (tussen 20:00 en 06:00 uur), gecombineerd met een drie-maal-daagse meldingsplicht. In zijn geval duurde de maatregel echter slechts drie maanden. In de zaak *Domenjoud* gaat het om een identiek regime van huisarrest en meldingsplicht opgelegd aan twee broers die bekend staan als klimaatactivisten, echter slechts voor de duur van 16 dagen (namelijk in de periode rondom de klimaatop de eind november-begin december 2015 plaatsvond in Parijs). Opvallend is dat het EHRM juist alleen in deze laatste zaak – met dus de kortste periode huisarrest – tot de conclusie komt dat het EVRM geschonden is. Opvallend is ook dat de noodtoestandsbepaling uit het EVRM, artikel 15, in alle zaken eigenlijk nauwelijks een rol speelt.

5.1 Gedeeltelijk huisarrest is geen vrijheidsbeneming

Hierboven kwam al even aan de orde dat de Franse regering in de context van de noodtoestand ook plannen had gemaakt voor de invoering van vormen van administratieve detentie voor personen die in verband werden gebracht met terrorisme. De plannen gingen van tafel na kritiek door de Raad van State. De vormen van huisarrest waarover het EHRM in deze zaken moest oordelen werden door de Franse regering gezien als een alternatief voor die administratieve detentie. Daarom is het interessant om te bezien of het Hof dit huisarrest ook als detentie/vrijheidsbeneming beschouwt. In *Pagerie* en *Fanouni* gaat het EHRM er niet zo nadrukkelijk op in (omdat er door de betreffende klagers geen beroep op is gedaan), maar in *Domenjoud* overweegt het Hof expliciet dat de maatregel van een huisarrest dat slechts een gedeelte van de dag beslaat niet moet worden aangemerkt als een vorm van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM.³³ Een dergelijke maatregel berooft de betrokkene niet van de mogelijkheid om deel te nemen aan het maatschappelijk leven en contacten met de buitenwereld te onderhouden. En het feit dat het de klagers in deze zaak niet was toegestaan om in de avond en nacht hun woning te verlaten is volgens het Hof niet een zo strenge maatregel dat deze als vrijheidsbeneming gekarakteriseerd moet worden.³⁴ Het Hof ziet deze maatregel slechts als een inperking van de bewegingsvrijheid van individuen zoals die wordt beschermd door artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM.

5.2 Toetsing van de inperking van de bewegingsvrijheid

Het eerste lid van artikel 2 Vierde Protocol EVRM stelt dat een ieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, binnen dat grondgebied het recht heeft 'zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen'. Nu vormt deze bewegingsvrijheid niet het meest stevige EVRM-recht. Naast de beperkingsclausule die is opgenomen in het derde lid van het artikel en die grote gelijkenis vertoont met de beperkingsclausules zoals we die ook kennen bij de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM ('De uitoefening

32 EHRM 19 januari 2023, appl.nr. 24203/16, ECLI:CE:ECHR:2023:0119JUD002420316 (*Pagerie/Frankrijk*); EHRM 15 juni 2023, nr. 31185/18, ECLI:CE:ECHR:2023:0615JUD003118518 (*Fanouni/Frankrijk*); EHRM 16 mei 2024, appl.nrs. 34749/16 en 79607/17 (*Domenjoud/Frankrijk*).

33 Ook uit eerdere EHRM-arresten kon al worden afgeleid dat een dergelijk huisarrest doorgaans wordt aangemerkt als vrijheidsbeperking en niet als vrijheidsbeneming. Zie J.H. Gerards, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 2 Vierde Protocol, par. C.1.1.2, Den Haag: Sdu 2020 voor de relevante arresten.

34 *Domenjoud/Frankrijk*, § 69-72.

van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden gebonden dan die die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid of van de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'), heeft artikel 2 Vierde Protocol nog een aanvullende, zeer ruim geformuleerde, beperkingsclausule. Deze is te vinden in het vierde lid: 'De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaalde omschreven gebieden, worden onderworpen aan beperkingen die bij de wet zijn voorzien en gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving.' Uit de toelichting bij het Vierde Protocol³⁵ blijkt dat deze aanvullende beperkingsclausule vooral ziet op overheidsbeleid in de sfeer van het tegengaan van overbevolking in bepaalde regio's en het spreiden van de bevolking om sociaaleconomische redenen. Zij is in deze zaken dus ook niet aan de orde.

Zoals in terrorismezaken min of meer gebruikelijk is, stelt het Hof ook in het arrest *Pagerie* voorop dat het zich bewust is van de reële dreiging van terrorisme waar Frankrijk in de betreffende periode mee te maken had en van de positieve verplichting die op de EVRM-staten rust om hun bevolking te beschermen tegen schendingen van het recht op leven en het verbod van onmenselijke behandeling die kunnen voortvloeien uit terroristische aanslagen.³⁶ De context van terrorisme 'kleurt' klaarblijkelijk de manier waarop het Hof zijn toetsing verricht. Maar welke gevolgen die context nu precies heeft voor de indringendheid van die toetsing, maakt het Hof dan weer niet echt duidelijk. Wel geeft het Hof aan dat de reikwijdte van zijn toets in dit type zaken beperkt is in die zin dat geen integrale beoordeling plaatsvindt van het Franse beleid om het hoofd te bieden aan de terreurdreiging. Het Europese toezicht op antiterrorismemaatregelen zoals uitgeoefend door het Hof richt zich hoofdzakelijk op de vraag of voorzien is in voldoende waarborgen tegen misbruik en willekeurig gebruik van de antiterrorismebevoegdheden en of die waarborgen in de praktijk ook effectief functioneren.³⁷ In *Fanouni en Domenjoud* zien we dergelijke overwegingen niet terug, maar wordt wel in meer algemene bewoordingen verwezen naar het in *Pagerie* uiteengezette kader.

Bij wet voorzien

Het Hof loopt in zijn toets de elementen van de beperkingsclausule uit het derde lid langs. Dat betekent dat als eerste getoetst wordt of de inperking van de bewegingsvrijheid 'bij wet voorzien' is. Conform de gebruikelijke toets aan dit criterium beziet het Hof daarbij niet alleen of er een wettelijke basis is, maar kijkt het ook naar de kwaliteit van die wettelijke basis: zijn de wettelijke bepalingen voldoende duidelijk en precies geformuleerd zodat voorzienbaar is in welke gevallen en onder welke omstandigheden de maatregel van huisarrest kan worden opgelegd? In *Pagerie* oordeelt het Hof dat artikel 6 van de wet uit 1955, dat de basis vormt voor het opgelegde huisarrest, voldoende precies geformuleerd is en dus voldoet aan de voorzienbaarheidseis. Het in de wettekst vermelde toepassingscriterium, dat er 'serieuze redenen moeten zijn om aan te nemen dat iemand gedrag kan vertonen dat bedreigend is voor de nationale veiligheid', is op papier weliswaar behoorlijk vaag, maar moet volgens het Hof worden geïnterpreteerd met inachtneming van de wetsgeschiedenis. En die wetsgeschiedenis bestaat ook uit de uitleg die is gegeven bij de aanpassing van artikel 6 nadat het in november 2015 in werking was gesteld. Volgens die uitleg moet het toepassingscriterium zo worden gelezen dat een loutere verdenking voor het opleggen van huisarrest niet voldoende is: er moeten 'ernstige redenen' zijn om aan te nemen dat iemand een bedreiging vormt. Bovendien is na 2015 in de Franse bestuursrechtelijke rechtspraak over dit aangepaste artikel de drempel voor toepassing van dit soort maatregelen – zeker wanneer deze voor een langere periode werden opgelegd – nog weer verder verhoogd tot 'bijzonder ernstige redenen'.³⁸ Met betrekking tot het ook best vage begrip 'nationale veiligheid' overweegt het Hof dat van een wetgever die voorafgaand aan crisissituaties een wettelijk kader moet ontwerpen voor het uitoefenen van bevoegdheden tijdens die crisissituaties niet verlangd kan worden dat die, gegeven de onvoorzienbaarheid van die crisissituaties,

35 Te raadplegen via: <https://rm.coe.int/16800c92c0>).

36 *Pagerie/Frankrijk*, § 147-149.

37 *Pagerie/Frankrijk*, § 150.

38 *Pagerie/Frankrijk*, § 182.

tot een meer specifieke en gedetailleerde omschrijving daarvan kan komen.³⁹ Dat alles in acht nemend, voldoet de wet aan de door het EHRM gestelde kwaliteitseisen.

In de tweede plaats oordeelt het EHRM dat de algemene waarborgen om oneigenlijke instandhouding van de noodtoestand te voorkomen voldoende stevig zijn. Na aanvankelijke uitroeping door de regering moet er binnen twaalf dagen bij wet een eventuele verlenging worden vastgesteld. Dat wetstraject garandeert parlementaire betrokkenheid en instemming. Bovendien geldt die verlenging dan voor een specifieke termijn, zodat periodiek telkens een heroverweging door de wetgever moet plaatsvinden. Waar het gaat om de specifieke maatregel van huisarrest en de daarmee samenhangende maatregelen als gebieds- en contactverboden en meldingsplichten constateert het Hof dat de toepassing van deze maatregelen op een bepaalde persoon volgens het Franse recht bij elke verlenging van de noodtoestand ook weer opnieuw bezien moet worden. Dus ook daar vindt een periodieke heroverweging plaats, door de regering. Die regeringsbeslissing is dan echter telkens voor beroep vatbaar bij de bestuursrechter, zodat een onafhankelijke rechterlijke toets op noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregel kan plaatsvinden. Het hof wijst er ook op dat in de Franse bestuursrechtelijke jurisprudentie na november 2015 de eis is geformuleerd dat de redenen voor het opleggen van deze maatregelen gelieerd moeten zijn aan de omstandigheden die noopten tot het uitroepen van de noodtoestand en dat na twaalf maanden voor toepassing van dit soort maatregelen niet volstaan kan worden met de redenen die in eerste instantie ten grondslag lagen aan de oplegging ervan. Er moeten dan nieuwe en aanvullende feiten en omstandigheden worden aangevoerd die verlenging van deze maatregelen kunnen rechtvaardigen.⁴⁰ Verder is heel relevant dat de Franse Raad van State in zijn jurisprudentie heeft bepaald dat tegen de toepassing van huisarrest het rechtsmiddel van *référé-liberté* openstaat, dat is een soort bestuursrechtelijke spoedvoorziening die op elke dag van de week ingeroepen kan worden en dan binnen 48 uur tot een rechterlijke beoordeling leidt. Dat alles bijeengenomen biedt volgens het Hof voldoende bescherming tegen willekeur en misbruik en voldoende praktische en effectieve mogelijkheden om rechtsbescherming te krijgen.

Het arrest *Fanouni* bevat op dit punt geen andere overwegingen, maar in *Domenjoud* wordt er wel wat aan toegevoegd. Dat heeft te maken met de specifieke feitelijke omstandigheden van die zaak. Zoals hierboven al werd aangegeven gaat het in die zaak om huisarrest opgelegd aan een tweetal klimaatactivisten in de weken rond de VN-klimaatop die in Parijs kort na de terreuraanslagen plaatsvond. Het huisarrest werd in dit geval dus opgelegd aan personen die op geen enkele manier met terroristische activiteiten in verband werden gebracht. Het Hof overweegt dat een kernpunt van de klacht van de beide klagers nu juist is dat de wet toestond dat huisarrest werd opgelegd op gronden die ver verwijderd waren van die welke de uitvoering van de noodtoestand hadden gerechtvaardigd.⁴¹ Het Hof is van oordeel dat een wet inzake de noodtoestand de nationale autoriteiten niet kan toestaan vrijheidsbeperkende maatregelen vast te stellen die geen verband houden met de omstandigheden die de toepassing ervan hebben gerechtvaardigd, dat zou in strijd zijn met de voorzienbaarheidseis. Het erkent vervolgens echter dat de nationale autoriteiten in een noodsituatie gedwongen kunnen worden operationele keuzes te maken om aan al hun verantwoordelijkheden te voldoen.⁴² En dat brengt het Hof dan tot de overweging dat het verband tussen het met de afkondiging van de noodtoestand nagestreefde doel en de rechtvaardiging van de op basis daarvan genomen maatregelen ook *indirect* kan zijn, mits er een voldoende sterk verband tussen beide bestaat (om zo misbruik te voorkomen).⁴³ Waar het Hof in *Pagerie* dus nog wijst op het belang van de door de Franse bestuursrechtspraak gestelde eis van een connectie tussen de omstandigheden die de noodtoestand veroorzaakten en de reden voor het opleggen van huisarrest in een concreet geval, doet het Hof in *Domenjoud* een forse emmer water bij de wijn door aan te geven dat die connectie ook een indirecte kan zijn. Of de indirecte connectie in het geval van de broers Domenjoud vervolgens sterk genoeg is, beoordeelt het Hof in het kader van zijn noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets.

39 *Pagerie/Frankrijk*, § 183-186.

40 *Pagerie/Frankrijk*, § 188-192.

41 *Domenjoud/Frankrijk*, § 96.

42 *Domenjoud/Frankrijk*, § 97.

43 *Domenjoud/Frankrijk*, § 98.

Noodzakelijkheid en proportionaliteit van het huisarrest

Het tweede onderdeel van de toets aan de EVRM-beperkingsclausules is traditioneel de check of de vrijheidsbeperking een legitiem doelt dient. Daar maakt het Hof vaak weinig woorden aan vuil en dat gebeurt in deze arresten ook niet. Het Hof overweegt in *Domenjoud* dat de maatregel 'zonder twijfel' een legitiem doel dient namelijk de handhaving van de nationale en openbare veiligheid en de handhaving van de openbare orde.⁴⁴ En ook in *Pagerie* en *Fanouni* besteedt het Hof hier slechts één zin aan⁴⁵ om vervolgens direct door te schakelen naar het derde onderdeel van de toets: de vraag naar de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de vrijheidsbeperking.

In het kader van de noodzakelijkheidstoets verwijst het Hof in *Pagerie* en *Domenjoud* dan nog wel terug naar het legitieme doel, in die zin dat het overweegt dat het huisarrest enkele dagen na de aanslagen in Parijs aan de klagers werd opgelegd, zodat op dat moment zonder twijfel sprake was van een dwingende maatschappelijke noodzaak om het publiek te beschermen en verdere aanslagen te voorkomen.⁴⁶ Voor het overige staan in de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets die het Hof in alle drie de arresten toepast twee vragen centraal: (a) functioneerden de nationaalrechtelijke waarborgen om onterecht of disproportioneel gebruik van de noodmaatregel te voorkomen naar behoren: (b) was er voldoende bewijs om de klager in verband te brengen met mogelijke terroristische activiteiten?

Het functioneren van de nationaalrechtelijke waarborgen

Wat betreft het functioneren van de nationaalrechtelijke waarborgen zijn de overwegingen in *Pagerie* het meest uitvoerig. Het Hof constateert dat de beslissingen van de autoriteiten om het huisarrest en de meldingsplicht op te leggen en vervolgens enkele keren te verlengen telkens door de rechter zijn getoetst, dat aan *Pagerie* steeds rechtsbijstand is toegekend en dat de nationale rechterlijke instanties telkens zorgvuldig hebben onderzocht welke gronden er waren om de maatregelen te verlengen. Met betrekking tot de klacht dat het bewijs tegen *Pagerie* was vastgelegd in zogenoemde *notes blanches*, die volgens hem in de nationale rechterlijke procedure nauwelijks te betwisten vielen, overweegt het Hof dat het gebruik van die *notes blanches* volgens de Franse regering was ingegeven door een noodzaak om de werkwijze en informatiepositie van de Franse inlichtingendiensten geheim te houden. Daarom konden ook aan de rechter de bronnen waarop bepaalde informatie gebaseerd was niet bekend worden gemaakt. Het Hof wijst erop dat het in eerdere arresten al heeft erkend dat deze vorm van geheimhouding onvermijdelijk kan zijn, maar dat de nationale rechterlijke procedure dan wel moet voorzien in een adequate mate van procedurele rechtvaardigheid. Het Hof oordeelt dat die procedurele rechtvaardigheid voldoende aanwezig was, omdat de informatie uit de *notes blanches* door de klager wel kon worden aangevochten en betwist en het door de autoriteiten overgelegde bewijsmateriaal in de procedure bij de bestuursrechter integraal getoetst kon worden op nauwkeurigheid en gedetailleerdheid.⁴⁷ In *Fanouni* en *Domenjoud* wordt terugverwezen naar deze overwegingen uit *Pagerie*.

Voldoende bewijs van betrokkenheid bij terroristische activiteiten?

Met betrekking tot vraag b oordeelt het EHRM in *Pagerie* dat er voldoende aanwijzingen waren om de klager in verband te brengen met terrorisme: *Pagerie* had onder meer zelf tegen anderen gezegd bereid te zijn om gewelddadige acties te ondernemen, in een interview met een journalist geweigerd om de aanslagen in Paris te veroordelen en contacten onderhouden met enkele leidende figuren in de jihadistische beweging die veroordeeld waren voor de voorbereiding van terreuraanslagen. Ook waren in

44 *Domenjoud/Frankrijk*, § 92.

45 *Pagerie/Frankrijk*, § 192; *Fanouni/Frankrijk*, § 52.

46 *Pagerie/Frankrijk*, § 199-200; *Domenjoud/Frankrijk*, § 108.

47 *Pagerie/Frankrijk*, § 205-207.

zijn woning allerlei jihadistische propaganda-video's gevonden waarin werd aangezet tot het plegen van dodelijk geweld.⁴⁸ Ook bij Fanouni was sprake van uitspraken waarin hij had aangegeven geweld te willen gebruiken en waren bovendien wapens en grote hoeveelheden munitie aangetroffen in zijn woning.⁴⁹ In *Domenjoud* zijn er echter veel minder duidelijke aanwijzingen dat de beide broers een terroristisch risico zouden gaan opleveren rond de klimaatop. Het Hof overweegt dan evenwel dat voor de bepaling van het veiligheidsrisico niet louter naar de eigen gedragingen van het betrokken individu gekeken hoeft te worden. Er mag ook rekening gehouden worden met de mate waarin dat individu deel uitmaakt van een beweging die collectief een veiligheids- of openbareorderisico oplevert.⁵⁰ In dat verband kent het Hof gewicht toe aan het feit dat verschillende Europese landen in de periode voor november 2015 waren geconfronteerd met zeer agressieve en gewelddadige protestacties rondom grote internationale evenementen en topconferenties en dat de Franse autoriteiten over geloofwaardige informatie beschikten dat de klimaatop in Parijs eveneens was blootgesteld aan een hoog risico op gewelddadige uitbarstingen en vandalisme.

Ten aanzien van één van de beide *Domenjoud*-broers beschikten de Franse autoriteiten over gedetailleerde informatie die aantoonde dat hij een leidende of ten minste toonaangevende rol speelde binnen deze radicale protestbeweging, eerder betrokken was geweest bij gewelddadige protesten, voorbereidingen had getroffen om tegenstanders van de klimaatop te huisvesten en een plan had ontwikkeld om in het gebouw waar de top plaatsvond te infiltreren. Er waren volgens het Hof daarom voldoende aanwijzingen om deze broer als een veiligheidsrisico te beschouwen, waardoor de hierboven omschreven indirecte connectie tussen het doel van de noodtoestand en de reden voor het opleggen het huisarrest toch voldoende stevig is.⁵¹ Het aan deze broer opgelegde huisarrest is dan ook gerechtvaardigd. Bij de andere broer (die in een andere stad woont) zijn die aanwijzingen van een toonaangevende rol binnen de radicale klimaatbeweging er echter niet. Hij is wel klimaatactivist, maar niet eerder betrokken geweest bij gewelddadige protesten en nog nooit strafrechtelijk veroordeeld. Daarom acht het Hof in zijn geval de opgelegde noodmaatregelen disproportioneel en dus niet gerechtvaardigd.⁵²

48 *Pagerie/Frankrijk*, § 201.

49 *Fanouni/Frankrijk*, § 55.

50 *Domenjoud/Frankrijk*, § 104.

51 *Domenjoud/Frankrijk*, § 116-124.

52 *Domenjoud/Frankrijk*, § 130-133.

6 Enkele conclusies

Het opvallende beeld dat blijft hangen na deze EHRM-arresten is dat het Hof maatregelen die volgens het Franse recht als 'buitengewoon' – namelijk slechts toepasbaar tijdens een noodtoestand – werden aangemerkt, beoordeelt als 'gewone' inperkingen van de bewegingsvrijheid die te rechtvaardigen zijn onder de beperkingsclausule van artikel 2, derde lid, Vierde Protocol EVRM. Zowel ten aanzien van *Pagerie* als *Fanouni* als één van de beide *Domenjoud*-broersacht het Hof die rechtvaardiging aanwezig en komt het niet toe aan een toetsing aan artikel 15 EVRM. De nationaalrechtelijke en de EVRM-rechtelijke noodtoestand lopen dus niet geheel parallel. Dat is enerzijds logisch, want het zijn twee aparte wettelijke kaders, maar het maakt de juridische situatie er niet overzichtelijker op.

Bij de *Domenjoud*-broer bij wie het Hof het huisarrest disproportioneel acht, verwijst het Hof wel nog kort naar artikel 15 EVRM, maar alleen om te concluderen dat er sprake was van een huisarrest opgelegd aan iemand die niet in verband gebracht werd met terroristische activiteiten zodat dit huisarrest niet gedekt werd door het beroep van de Franse regering op artikel 15, dat immers in de sleutel stond van het voorkomen van terroristische aanslagen.⁵³ Dat is een wat curieuze passage in het arrest, want die wekt de suggestie dat een beroep op artikel 15 EVRM noodzakelijk zou kunnen zijn om huisarrest opgelegd aan iemand die wel in verband wordt gebracht met terroristische activiteiten te kunnen rechtvaardigen. Terwijl uit de eerder gewezen arresten *Pagerie* en *Fanouni* nu juist blijkt dat ook in die gevallen het beroep op het buitengewone rechtsregime van artikel 15 EVRM niet nodig is, omdat het huisarrest al te rechtvaardigen valt onder de gewone beperkingsclausule van artikel 2, derde lid, van het Vierde Protocol.

Waar de in paragraaf 4 genoemde kritiek van ngo's en mensenrechteninstanties op de noodtoestand zich richtte op de te onduidelijke en te breed uitlegbare wettelijke toepassingscriteria voor de noodmaatregelen, is het in wezen de Franse (bestuurs)rechter die de zaak voor de Franse regering ten goede heeft doen keren in Straatsburg. Die rechtspraak heeft voor nadere interpretatie en inkadering van de vage wettelijke toepassingscriteria gezorgd en het EHRM leest die jurisprudentiële eisen nu als het ware in het nationale wettelijke kader. En dat zorgt ervoor dat de eerdere kritiek van de ngo's en mensenrechteninstanties voor een belangrijk deel is ondervangen en de wet voldoet aan de voorzienbaarheidseis.

Met name de zaak *Domenjoud* laat zien dat het EHRM rond het aspect van mogelijk misbruik van bevoegdheid flink wat souplesse betracht. Dat aspect zorgt er weliswaar voor dat het Hof concludeert dat het opleggen van het huisarrest en de meldingsplicht aan één van de beide broers niet noodzakelijk en disproportioneel was, maar in de beoordeling van de situatie van de andere broer laat het Hof dan weer zien dat het opleggen van een antiterrorismemaatregel aan een klimaatactivist niet per definitie uit den boze is. Om zover te komen hanteert het Hof een soort hinkstapsprong-redenering: een indirect verband tussen de reden voor het instellen van de noodtoestand (terreurdreiging) en het doel van de noodmaatregelen (bescherming van de openbare veiligheid) enerzijds en de gedragingen van de betrokkene anderzijds kan, ook al staan die gedragingen geheel los van terrorismedreiging, reeds genoeg zijn om aan het argument van bevoegdheidsmisbruik te ontsnappen. Op die hinkstapsprong-redenering is best kritiek mogelijk: het Hof toont zich hier wel zeer soepel. Al moet tegelijkertijd gezegd worden dat het Hof zijn redenering heel erg toespitst op de wel zeer bijzondere omstandigheden van het geval: het gegeven dat eind november 2015 de openbare veiligheid in Parijs in de directe nasleep van de aanslagen en door de grote hoeveelheid mensen verzameld rond de klimaatop onder hoogspanning stond.

Al met al zouden de hier besproken arresten een nieuwe voedingsbodem kunnen vormen voor al eerder geuite kritiek: de EHRM-jurisprudentie over antiterrorismemaatregelen werkt 'normalization of the exception' in de hand.⁵⁴ Deze kritiek komt er kort samengevat op neer dat het EHRM te veel ruimte heeft gelaten aan autoriteiten die grepen naar grootschalige toepassing van maatregelen als huisarrest en gebiedsverboden, als alternatief voor langdurige administratieve detentie van terrorismeverdachten. Doordat het Hof oordeelt dat dergelijke maatregelen geen afwijking van de verdragsverplichtingen

⁵³ *Domenjoud/Frankrijk*, § 155.

⁵⁴ Zie o.m. O. Gross & F. Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press 2006, p. 228 e.v.; A. Greene, *Permanent states of emergency and the rule of law: constitutions in an age of crisis*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2018.

inhouden waarvoor een beroep op artikel 15 EVRM nodig zou zijn, zien staten mogelijkheden om dit soort maatregelen en de zeer indringende inbreuken op vrijheidsrechten die zij opleveren te incorporeren in het alledaagse rechtsstelsel en toe te passen in minder uitzonderlijke omstandigheden. Die normalisatie van uitzonderlijke maatregelen is in het Franse recht ook zichtbaar. Hierboven wees ik er al op dat de noodtoestand in Frankrijk uiteindelijk werd ingetrokken, nadat verschillende noodmaatregelen uit de wet die de *état d'urgence* regelde waren overgeheveld naar het 'normale' rechtssysteem en dus voortaan permanent ter beschikking van de autoriteiten stonden (niet slechts na het uitroepen van de noodtoestand). Overigens vond die normalisatie wel al plaats voordat het EHRM de hier besproken arresten wees en kan dus niet worden gesteld dat specifiek deze arresten die Franse rechtsontwikkeling in de hand hebben gewerkt.