

LANGS LIJNEN VAN GELEIDELIJKHEID: EEN JURISPRUDENTIEANALYSE VAN ARTIKEL 15 EVRM

Bart van der Sloot *

Samenvatting | Dit artikel geeft een kort overzicht van de totstandkoming van en de jurisprudentie die tot nu toe is geweest met betrekking tot artikel 15 EVRM, waarin het staatsnoodrecht is vervat. Deze doctrine houdt in dat het gewone recht tijdelijk kan worden uitgezonderd in tijden van oorlog of vergelijkbare nood, om zodoende de staat en zijn rechtsorde doeltreffend te kunnen beschermen. Aangezien er van een aantal zeer fundamentele rechten kan worden afgeweken en het staatsnoodrecht historisch gezien vaak is misbruikt door totalitaire regimes is er voor gekozen dit recht ook in het EVRM op te nemen, om de inzet daarvan door nationale overheden aan Europees toezicht te kunnen onderwerpen. Een analyse van de jurisprudentie laat echter zien dat dit toezicht geleidelijk aan steeds meer is verwaterd.

Trefwoorden | staatsnoodrecht, noodtoestand, opschorting van verdragsverplichtingen, intensiteit toetsing door EHRM, margin of appreciation.
[art. 15 EVRM]

1 Introductie

De doctrine van het staatsnoodrecht is reeds in het Romeinse recht bekend met adagia als *necessitas non habet legem* en *salus rei publicae suprema lex est*, maar stamt wellicht nog uit het recht van de Griekse stadstaten.¹ Het noodrecht stelt de uitvoerende macht traditioneel in staat om in het geval van oorlog tijdelijk een aantal rechten, zoals eigendomsrechten en vrijheidsrechten, te beperken of op te schorten om zodoende het voortbestaan van de staat veilig te stellen. Zou in tijd van nood strikt aan de rechtsorde worden vastgehouden dan zou het onmogelijk zijn om de rechtsstaat te redden of zou dit streven te zeer worden beperkt. Door het confisqueren van strategisch gelegen eigendommen, het instellen van een avondklok of het controleren van privécommunicatie kan de uitvoerende macht krachtdadig optreden tegen dreigend gevaar. Het staatsnoodrecht is zo in feite de uitzondering die de regel, de rechtsorde, bevestigt.

Alhoewel nut en noodzaak van dit recht in tijden van oorlog en vergelijkbare situaties buiten kijf staat, is het noodrecht geenszins een onschuldige doctrine gebleken. Het wordt regelmatig door regimes misbruikt om macht naar zich toe te trekken, het volk te onderdrukken en de rechtsstaat permanent te beknotten. Het komt dan ook geregeld voor dat het noodrecht niet als uitzondering op de regel wordt ingezet, maar in feite de regel zelf wordt. Misbruik van dit recht is wellicht het meest bekend van het naziregime, dat door een beroep op deze doctrine haar macht en bevoegdheden kon vergroten en bestendigen, maar is ook vandaag de dag nog veelgebruikt door regimes in Arabische landen en andere totalitaire staten.²

Tegen de achtergrond van dit gevaar werd besloten om een regeling omtrent het noodrecht op te nemen in het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). Vervolgens werd de conceptversie van artikel 4 IVBPR overgenomen als artikel 15 in de concept-

▪ Mr. drs B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht van de UvA.

1 T. Reinach, *De l'état de siège – Etude historique et juridique*, Parijs: F. Pichon 1885.

2 In Syrië geldt er bijvoorbeeld reeds vanaf 1963 een noodtoestand en in Egypte, op een onderbreking van 18 maanden na, vanaf 1967.

versie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).³ Het doel van het opnemen van een dergelijke bepaling in het verdrag was om de inzet van het noodrecht door staten aan internationaal toezicht te onderwerpen.

De vraag die dit artikel zal trachten te beantwoorden is: in hoeverre heeft het toezicht van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (Commissie) en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (Hof) begrenzingen gesteld aan het invoeren van het noodrecht door verdragsstaten? Het is relevant om te bezien welk belang het staatsnoodrecht vertegenwoordigt in de jurisprudentie, hoe het wordt geïnterpreteerd en of de logica en het doel achter het opnemen van het artikel in het verdrag ook daadwerkelijk worden gevonden en gehaald in de rechtspraak. Dit belang wordt alleen maar groter nu de doctrine van het noodrecht en het gebrek aan beperkingen op de nationale inzet daarvan historisch gezien grote consequenties heeft gehad. Een dergelijk onderzoek is echter niet slechts interessant vanuit een historisch perspectief, maar vertegenwoordigt tevens een actuele waarde nu het vervaardigen en afkondigen van noodmaatregelen een opleving heeft gekend naar aanleiding van de terreuraanslagen en -dreiging van Al-Qaida. Een aantal 'Westerse' staten, waarvan het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten het meest in het oog springen, hebben de noodtoestand afgekondigd om zo vergaande noodmaatregelen te kunnen treffen. Te bezien welke rol een mogelijke toets door het Hof hieromtrent zou kunnen spelen is derhalve in het huidige en vermoedelijk ook het toekomstige tijdsgewricht van belang.

De geformuleerde vraag zal worden beantwoord aan de hand van de in de Europese jurisprudentie gehanteerde standaarden, voorwaarden en beperkingen. De relevante literatuur en annotaties hieromtrent zijn betrokken bij de analyse en in voetnoten verwerkt, maar zij zullen mede gelet op de omvang van dit artikel niet *in extenso* worden bediscussieerd en besproken. De stelling van dit artikel is dat alhoewel de internationale controle op de inzet van het noodrecht aanvankelijk door zowel de Commissie als door het Hof strikt werd toegepast, er na verloop van tijd steeds meer speelruimte is ontstaan voor verdragsstaten en dat een aantal van de in artikel 15 EVRM vervatte vereisten in de loop van de tijd qua belang is gemarginaliseerd. Deze gedachte zal worden besproken aan de hand van de algemene beoordelingsruimte van staten bij de inzet van het noodrecht (paragraaf 2), de notificatieplicht uit artikel 15, derde lid (paragraaf 3), de jurisprudentiële behandeling en besprekingsvolgorde van de afwijking van andere dan de in het tweede lid genoemde verdragsrechten met een beroep op het noodrecht (paragraaf 4) en de in het eerste lid genoemde eisen (paragraaf 5), namelijk het conformiteitsvereiste dat stelt dat de noodmaatregelen niet strijdig mogen zijn met verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht (sub-paragraaf 5.1), het noodzakelijkheidsvereiste dat stelt dat de noodmaatregelen strikt vereist moeten zijn door de noodtoestand (sub-paragraaf 5.2) en het vereiste van het bestaan van een noodtoestand, namelijk het geval van oorlog of vergelijkbare nood (sub-paragraaf 5.3).

Artikel 15: Afwijking in geval van noodtoestand

'1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen

3 De totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel is derhalve voornamelijk te vinden in de *Travaux Préparatoires* van het IVBPR. Zie: M. J. Bossuyt, 'Guide to the "Travaux Préparatoires" of the international covenant on civil and political rights', Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1987.

ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, en van de artikelen 3, 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht om af te wijken, moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houden van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens in kennis stellen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.'

2 Margin of appreciation

Dat het geenszins vanzelfsprekend is om een noodrechtbepaling in de tekst van een verdrag of zelfs grondwet op te nemen blijkt uit het feit dat zowel het IVBPR als het EVRM aanvankelijk een dergelijke bepaling ontbeerden en dat bijvoorbeeld de Afrikaanse tegenhanger, het African Charter on Human and Peoples' Rights, niet een dergelijke doctrine kent. Het wel verankeren van het noodrecht in een verdrag of grondwet heeft ten doel het aan banden te leggen en aan voorwaarden te onderwerpen,⁴ een streven dat aansluit bij de nadruk op legalisme in de internationale conventies. Het streven om een internationaal minimumbeschermingsniveau te garanderen geldt in het bijzonder ten aanzien van het noodrecht.⁵ Alhoewel staten in het internationale en zeker in het Europese recht een beoordelingsruimte hebben om internationale rechten en doctrines te interpreteren en toe te passen en ook ten aanzien van het noodrecht verdragsstaten een zekere 'latitude in judgement' werd toegedicht,⁶ blijkt de speciale positie van het noodrecht met betrekking tot deze beoordelingsruimte onder andere uit het feit dat artikel 15 EVRM niet spreekt over de noodzakelijkheid van maatregelen, maar stelt dat deze 'strikt vereist' moeten zijn. Bovendien somt art. 15 EVRM een aantal artikelen op waarvan in geen enkel geval mag worden afgeweken. Ook garandeert het conformiteitsvereiste uit het eerste lid het respect voor internationale verplichtingen ten tijde van nood. Tot slot stelt het een notificatie verplicht aan de Secretaris-Generaal betreffende het instellen van de noodtoestand, een eis die ten doel heeft om andere verdragsstaten in staat te stellen het beroep op het noodrecht te controleren en eventueel aan te vechten middels een interstatelijke klacht.⁷ De noodrechtbepa-

4 Traditioneel wordt er een onderscheid gemaakt tussen het geschreven (objectief) staatsnoodrecht en het ongeschreven (subjectief) staatsnoodrecht, een onderscheid dat teruggaat tot het Franse onderscheid tussen 'état de guerre' en 'état de siège'. Objectief staatsnoodrecht is qua aard beperkt en aan juridische regels onderworpen; dit in tegenstelling tot het subjectief staatsnoodrecht.

5 Zie bijvoorbeeld de verklaring van de Secretaris Generaal van de Verenigde Naties over de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 4 IVBPR als opgenomen in Travaux Préparatoires van artikel 15 EVRM: 'It was also important that States parties should not be left free to decide for themselves when and how they would exercise emergency powers because it was necessary to guard against States abusing their obligations under the covenant. Reference was made to the history of the past epoch during which emergency powers had been invoked to suppress human rights and to set up dictatorial regimes.' [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH\(56\)4-EN1675477.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH(56)4-EN1675477.pdf), p. 13. Zie verder: J.F. Hartman, 'Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies. A critique of implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations', *Harvard International Law Journal* 1981, p. 1-53.

6 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 87.

7 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 97.

ling heeft derhalve ten doel om het beroep hierop door staten aan banden te leggen en de statelijke beoordelingsruimte, afgezet tegen die ten aanzien van de andere verdragsrechten, te beperken.⁸

In de eerste zaak die ten aanzien van artikel 15 EVRM voorkomt bij de Commissie, *Griekenland t. VK* (1958), waarin het beroep op de noodtoestand van de Britse overheid ten aanzien van het tot haar rijk behorende grondgebied van Cyprus wordt betwist door de Griekse staat, stelt zij dat '(...) the government concerned retains, within certain limits, its discretion in appreciating the threat to the life of the nation',⁹ een beoordelingsruimte die evenwel is onderworpen aan een kritische Europese toets. Reeds in de volgende zaak, *Lawless t. Ierland* (1959),¹⁰ waarin het beroep op het noodrecht door de Ierse overheid met betrekking tot met name IRA-activiteiten centraal staat, wordt door de Commissie geen gewag gemaakt van de 'certain limits' waarbinnen de beoordelingsruimte dient te blijven, maar wordt het daarentegen:

'evident that a certain discretion – a certain margin of appreciation – must be left to the Government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention'.¹¹

Toch merkt het Hof (1961) in diezelfde zaak op 'it is for the Court to determine whether the conditions laid down in Article 15 for the exercise of the exceptional right of derogation have been fulfilled'¹² en in de zaak *Denemarken e.a. t. Griekenland* (1969), waarin de pas aan de macht gekomen revolutionaire regering in Griekenland een beroep op het noodrecht had gedaan, verklaart de Commissie dat 'the burden of proof lies upon the respondent Government to show that the conditions justifying measures of derogation under Article 15 have been and continue to be met, due regard being had to the "margin of appreciation" (...)'.¹³

Een omslagpunt ten aanzien van de statelijke beoordelingsruimte wordt gevormd door de zaak van *Ierland t. VK* (1978),¹⁴ wederom betreffende de toestand in Noord-Ierland en de daar ontplooid IRA-activiteiten, waarin het Hof zich onthoudt van een beoordeling van het Britse beroep op het noodrecht en overweegt:

'It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the

8 Zie verder: R. MacDonald, 'Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights', *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, p. 225-267. M. O'Boyle, *Inter Arma Leges Silent? Emergency Government and European Human Rights Law: A Case Study of Northern Ireland* (masterscriptie Boston), Boston: Harvard Law School 1975. Zie ook: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>>.

9 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 136.

10 Zie verder: A. H. Robertson, 'The first case before the European Court of Human Rights: Lawless v. The Government of Ireland', *British Year Book of International Law* 1940, p. 343-353. A. H. Robertson, 'Lawless v. The Government of Ireland (second Phase)', *British Year Book of International Law* 1961, p. 536-547.

11 ECRM 19 december 1959, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 90.

12 EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 22.

13 ECRM 5 november 1969, appl.no. 3321/67, 3322/67, 3323/67 en 3344/67 (Denemarken e.a./Griekenland), par. 114. Zie ook: Buergenthal, 'Proceedings Against Greece under the European Convention of Human Rights', *The American Journal of International Law* 1968, p. 441-450.

14 Zie verder: M. O'Boyle, 'Torture and Emergency Powers Under the European Convention on Human Rights: Ireland v. The United Kingdom', *The American Journal of International Law* 1977, p. 674-706.

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. In this matter Article 15 para. 1 leaves those authorities a wide margin of appreciation.¹⁵

Wel stelt zij dat deze margin of appreciation gepaard gaat met Europese supervisie. In de volgende zaak van *Brannigan and McBride t. VK* (1993),¹⁶ wederom met betrekking tot de situatie in Noord-Ierland, citeert het Hof deze formulering en voegt daar nog aan toe: 'At the same time, in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation.'¹⁷

Vanaf deze zaak verschijnt de tekst uit *Ierland t. VK*, aangevuld met de toevoeging uit *Brannigan and McBride t. VK*, in de navolgende jurisprudentie als een soort algemene *disclaimer* alvorens het Hof komt tot de beoordeling van de toepasbaarheid van artikel 15.¹⁸ Deze ontwikkeling is niet alleen opmerkelijk omdat de opname van een noodrechtbepaling in de conventie nu juist ten doel had de beoordelingsbevoegdheid van verdragsstaten aan banden te leggen, terwijl deze ruimte nu juist als wijd wordt omschreven, maar ook omdat zij niet alleen meer wordt toegepast ten aanzien van de vraag of er een noodsituatie bestaat in een bepaalde staat, echter tevens met betrekking tot de vraag welke maatregelen als 'strikt vereist' hebben te gelden, een formulering die zich expliciet lijkt te verzetten tegen een dergelijke ruime beoordelingsruimte.¹⁹ Ondanks de kritiek die hieromtrent is gerezen, heeft het Hof in de meest recente zaak omtrent artikel 15, *A. e.a. t. VK* (2009),²⁰ betreffende de in de nasleep van 11 september genomen terreurmaatregelen, nog een stap verder gedaan door te oordelen dat daar de Britse rechter zich reeds over de toepassing van het noodrecht had gebogen, het Hof slechts contrair aan die uitspraak mocht concluderen '(...) if satisfied that the national court had misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court's jurisprudence under that Article or reached a conclusion which was manifestly unreasonable.'²¹

15 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), par. 207.

16 Zie verder: E. Cryslar, 'Brannigan and McBride v. U.K. A New Direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights?', *Nordic Journal of International Law* 1996, p. 91-121. S. Marks, 'Civil Liberties at the Margin: The UK derogation and the European Court of Human Rights', *Oxford Journal of Legal Studies* 1995, p. 69-95. J. P. Loof, 'Brannigan en McBride tegen het Verenigd Koninkrijk: Brogan en de staatsnood van artikel 15 EVRM; of hoe het Europese Hof Noord-Ierland een noodtoestand bezorgde', *NJCM-Bulletin* 1993, p. 793-810.

17 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), par. 43.

18 Zie in dezelfde zin: O. Gross en F. Ni Aolain, 'From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights', *Human Rights Quarterly* 2001, p. 625-649.

19 Zie o.a. EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), Concurring Opinion Martens. EHRM 23 september 1998, appl.no. 21380/93, 21381/93 en 21383/93 (Demir e.a./Turkije), Concurring Opinion De Meyer.

20 Zie verder: J. P. Loof, 'Hoe Osama Bin Laden het Verenigd Koninkrijk een noodtoestand bezorgde', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 8-24. J. P. Loof, 'Noot bij: EHRM 19 februari 2009, 50, (A. en anderen/VK.)', *European Human Rights Cases* 2009, 5. S. Shah, 'From Westminster to Strasbourg: A and others v United Kingdom', *Human Rights Law Review* 2009, p. 530-561.

21 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A. e.a./VK), par. 174.

Hiermee lijkt de beoordelingsbevoegdheid van het Hof nog verder beperkt. Alhoewel het een beslissing van de nationale rechter betrof die in het voordeel van de verdachten uitviel en waarin een beroep op het noodrecht werd afgewezen, is het de vraag of in andere zaken, waar vaak,²² gezien de uitputtingsregel, eerst het nationaalrechtelijke pad zal zijn bewandeld, een dergelijke vergaande terughoudendheid van het Hof ook opgaat. Ook de in de uitspraak door het Hof gemaakte verwijzing naar nationale controle middels de trias politica is in die zin een novum dat in eerdere zaken het feit dat er parlementaire controle gold ten aanzien van de door de uitvoerende macht ten uitvoer gelegde noodmaatregelen niet werd genoemd als reden voor terughoudendheid in Europese supervisiemogelijkheden. De jurisprudentie ten aanzien van artikel 15 EVRM laat dan ook een duidelijk verloop zien van een zeer strikte controle door de Europese organen, naar een meer uitgekledde rol.

3 Notificatievereiste

Het vraagstuk van Europese supervisie is gelieerd aan het vereiste uit het derde lid van artikel 15, waarin is vereist dat de verdragsstaat die een beroep doet op de noodtoestand de Secretaris-Generaal volledig informeert over de genomen noodmaatregelen en de redenen hiervoor en hem er tevens van verwittigt wanneer deze noodmaatregelen worden ingetrokken. De reden om een dergelijke bepaling op te nemen was dat het uitroepen van de noodtoestand werd gezien als

‘(...) a matter of the gravest concern and the States Parties had the right to be notified of such action. It was further agreed that since the use of emergency powers had often been abused in the past, a mere notification would not be enough. The derogating State should also furnish the reason by which it was actuated, although this might not include every detail of each particular measure taken.’²³

Alhoewel de uiteindelijke tekst van artikel 15 EVRM is gebaseerd op de conceptversie van artikel 4 uit het IVBPR, is deze laatste pas na de totstandkoming van het EVRM in definitieve vorm vastgesteld, waardoor beide op een aantal punten afwijken. Zo stelt het IVBPR dat de notificatie ‘immediately’ na de afkondigen van de noodtoestand dient te geschieden en dat de notificatie van beëindiging moet plaatshebben ‘on the date which it terminates’, terwijl het EVRM dergelijke tijdsaanduidingen ontbeert. In het IVBPR wordt vereist dat de verdragsrechten waarvan wordt afgeweken moeten worden vermeld, terwijl het EVRM het wat algemenere ‘volledig informeren’ van de Secretaris-Generaal vereist. Tot slot is een verschil dat het IVBPR in artikel 4, eerste lid stelt dat de noodtoestand officieel moet zijn uitgeroepen, terwijl in het EVRM een dergelijk vereiste ontbreekt.

In de eerste jurisprudentie omtrent het noodrecht wordt uitleg en invulling gegeven aan het notificatievereiste. Zo overweegt de Commissie in *Griekenland t. VK* (1958) dat de notificatie binnen een redelijke termijn dient te geschieden en dat deze voldoende informatie moet bevatten om andere verdragsstaten en de Commissie in staat te stellen de aard en de reikwijdte van de

22 Voor de uitzonderingen hierop raadplege men: J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Deel 1 – algemene rechtsbeginselen, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 598 e.v.

23 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 97.

beperking van de fundamentele rechten te beoordelen. In deze zaak, waarin de notificatie pas na drie maanden na het uitbreken van de noodtoestand werd uitgevaardigd, was de Commissie van oordeel dat ondanks het feit dat de noodtoestand tot enige vertraging in communicatie kan leiden en de nood pas gradueel zichtbaar werd, dit de redelijke termijn overschreed. Alhoewel zij niet wilde overgaan tot het niet-ontvankelijk verklaren van een beroep op het noodrecht wegens het niet voldoen aan het vereiste van een correcte notificatie sloot zij uitdrukkelijk niet uit dat 'a failure to comply with paragraph 3 of Article 15 [may] attract the sanction of nullity or some other sanction.'²⁴ In *Lawless t. Ierland* (1959) spreekt de Commissie ten aanzien van de tijdsspanne waarbinnen de notificatie moet worden verstuurd van 'without unavoidable delay'²⁵ en in de zaak *Denemarken e.a t. Griekenland* (1969) bepaalt de Commissie vervolgens dat het ontbreken van informatie, zoals noodmaatregelen en de grondwet op welke zij stoelden, niet kan worden gerepareerd door deze tijdens de rechtsgang aanhangig te maken.²⁶ Vervolgens oordeelt de Commissie in de zaak *Cyprus t. Turkije* (1975)²⁷ dat Turkije, dat noch de noodtoestand officieel had afgekondigd noch een officiële notificatie aan de Secretaris-Generaal had gestuurd van haar beroep op het noodrecht ten aanzien van het binnengevallen grondgebied van Cyprus, geen beroep kon doen op artikel 15 EVRM.²⁸

De vroege jurisprudentie ten aanzien van het notificatievereiste vult een aantal lacunes in de tekst op door een vereiste tijdsspanne te formuleren, te eisen dat de noodmaatregelen en basisteksten bij de notificatie worden gevoegd en in bepaalde gevallen waarin geen notificatie naar de Secretaris-Generaal is verstuurd een beroep op het noodrecht te ontzeggen. Toch heeft deze strikte lijn zich niet voortgezet. Reeds in *Lawless t. Ierland* (1961) bespreekt het Hof het notificatievereiste niet vóór de vereisten uit lid één, maar erna, wat meebrengt dat niet aan dit criterium hoeft te zijn voldaan alvorens tot een inhoudelijke beoordeling van de toepassing van het noodrecht te komen. Het Hof verklaart dat de notificatie aan geen formeel of tekstueel criterium hoeft te voldoen en accepteert het dat de enkele uitleg van de Ierse overheid dat de noodmaatregelen nodig waren 'to prevent the commission of offences against public peace and order and to prevent the maintaining of military or armed forces other than those authorised by the Constitution' afdoende was om de redenen, aard en impact van de maatregelen te beoordelen. In de zaak *Ierland t. VK* (1978) komt het Hof niet tot een inhoudelijke beoordeling van het notificatievereiste, maar stelt slechts dat 'the British notices of derogation (...) fulfilled the requirements of Article 15 para. 3'²⁹ en in de zaak *Brannigan and McBride t. VK* (1993) gaat het Hof akkoord met de notificatie waarin staat dat de Britse overheid voorlopig een beroep doet op artikel 15 en ten aanzien van de redenen om noodmaatregelen te treffen en fundamentele rechten te beperken volstaat met de opmerking dat zij zich daarover nog geen 'firm and final view' heeft gevormd.³⁰

Saillant is ook dat het in deze zaak dezelfde maatregelen betrof als in de zaak *Brogan e.a. t. VK* (1988), waar de overheid geen beroep had gedaan op de noodtoestand en de afwijking

24 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 158.

25 ECRM 19 december 1959, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 80.

26 ECRM 05 november 1969, appl.no. 3321/67, 3322/67, 3323/67 en 3344/67 (Denemarken e.a./Griekenland), par. 45.

27 Zie verder: V. Coufoudakis, 'Cyprus and the European Convention on Human Rights: The law and politics of Cyprus v. Turkey, Applications 6780/74 and 6950/75', *Human Rights Quarterly* 1982, p. 450-473.

28 ECRM 26 mei 1975, appl.no. 6780/74 en 6950/75, § 527/528 (Cyprus/Turkije).

29 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), par. 223.

30 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), par. 54.

van een aantal verdragsartikelen door het Hof als inbreukmakend werd gekwalificeerd. In plaats van deze beperking van de rechten stop te zetten, besloot de Britse overheid de maatregelen te handhaven en deze alsnog te legitimeren met een beroep op de noodtoestand. Dit bracht derhalve een grote vertraging ten aanzien van de notificatie aan de Secretaris-Generaal met zich mee. Toch oordeelde het Hof dat de in 1988 verstuurde notificatie ten aanzien van de in 1974 genomen maatregelen geen overschrijding van de redelijke termijn met zich meebracht, omdat pas later was besloten deze als noodmaatregelen te kwalificeren.³¹

Vanaf deze zaken komt het notificatievereiste niet of nauwelijks meer aan bod. Zo wordt in de zaken *Aksoy t. Turkije* (1996), *Demir e.a. t. Turkije* (1998), *Nuray Sen t. Turkije* (2003), *Elci t. Turkije* (2004), *Ozkan t. Turkije* (2004), *Belin t. Turkije* (2006), alle zaken waarin het beroep op het noodrecht door Turkije ten aanzien van de activiteiten van de Koerdische afscheidingsbeweging PKK in het zuid-oosten van het land centraal stond,³² en *A. e.a. t. VK* (2009), het notificatievereiste niet besproken aangezien het beroep op het noodrecht reeds is afgewezen op basis van de vereisten uit het eerste lid. Zo stelt het Hof in *Aksoy t. Turkije* (1996):

'The Court is competent to examine (...) in particular whether the Turkish notice of derogation contained sufficient information about the measure in question, which allowed the applicant to be detained for at least fourteen days without judicial control, to satisfy the requirements of Article 15 para. 3. However, in view of its finding that the impugned measure was not strictly required by the exigencies of the situation ..., the Court finds it unnecessary to rule on this matter.'³³

Hiermee vormt het notificatievereiste geen voorwaarde om aan de inhoudelijke bespreking van het noodrecht toe te komen, maar lijkt het meer het karakter te hebben van een technische formaliteit.

Wellicht nog veelzeggender is Hof's oordeel in de zaken *Sakik e.a. t. Turkije* (1997), *Sadak t. Turkije* (2004), *Yurtass t. Turkije* (2004) en *Yaman t. Turkije* (2005) en die van de Commissie in *Şimşek t. Turkije* (1999), waarin de Turkse overheid een beroep op het noodrecht had gedaan ten aanzien van de 'Koerdische provincies' in het zuid-oosten van het land, maar vervolgens in het kader van terreurbestrijding dit noodrecht ook inzette in andere delen van Turkije. Het Hof oordeelde dat Turkije in een dergelijk geval geen beroep kon doen op het noodrecht, niet omdat niet aan het vereiste van correcte notificatie uit het derde lid was voldaan, maar omdat de inzet van noodmaatregelen in gebieden waar er geen nood heerst niet 'strikt vereist' is, een vereiste uit het eerste lid. Zo overweegt het Hof in *Sakik e.a. t. Turkije* (1997):

'It should be noted, however, that Article 15 authorises derogations from the obligations arising from the Convention only "to the extent strictly required by the exigencies of the situation". In the present case the Court would be working against the object and purpose of that provision if, when assessing the territorial scope of the derogation concerned, it were to extend its effects to a part of Turkish territory not explicitly named in the notice of derogation. It follows that the derogation in question is inapplicable *ratione loci* to the facts of the case.'³⁴

31 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), par. 56.

32 C. Buckley, 'The European Convention on Human Rights and the Right to Life in Turkey', *Human Rights Law Review* 2001, p. 35-65.

33 EHRM 18 december 1996, appl.no. 21987/93 (Aksoy/Turkije), par. 86.

34 EHRM 26 november 1997, appl.no. 23878/94-23883/94 (Sakik e.a./Turkije), par. 39.

Het te buitengaan van de territoriale bepaaldheid genoemd in de notificatie is geen reden om het beroep op het noodrecht geheel af te wijzen wegens het schenden van het vereiste uit het derde lid; het Hof gaat daarentegen over tot een inhoudelijke beoordeling van dit beroep en meent dat zij niet voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste uit het eerste lid, waarmee het belang van het notificatievereiste definitief naar achtergrond lijkt te zijn verdwenen. Gezien deze ontwikkeling in de jurisprudentie heeft het er veel van weg dat het notificatievereiste niet meer als materieel criterium wordt gezien, maar slechts als technische formaliteit, waar in het geval van schending van dit vereiste niet volgt dat een beroep op het noodrecht wordt afgewezen.³⁵

4 Derogeren

Zowel het noodrechtartikel in het IVBPR als dat in het EVRM sommen in het tweede lid een aantal rechten op waarvan in geen enkele omstandigheid mag worden afgeweken; deze worden beschouwd als absolute minimumvrijheden waarop zelfs in tijden van nood geen uitzonderingen mogen worden gemaakt.³⁶ Het gaat daarbij in het EVRM om het recht op leven, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, het verbod op foltering, het verbod op slavernij en het *nulla poena sine lege*-beginsel.³⁷ Het IVBPR kent nog een aantal andere rechten waarvan niet tijdens nood mag worden afgeweken, namelijk het recht op erkenning door de wet, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Het verwijst ook naar artikel 11 dat stelt dat niemand '(...) shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.' De gedachte van absoluut onschendbare rechten tijdens de noodtoestand, zogenoemde *nodstandfeste* rechten, is pas na de Tweede Wereldoorlog in zwang geraakt en is bijvoorbeeld ook te ontwaren in de *Ewigheidsklauzel* uit de Duitse Grondwet.³⁸

Het gevolg van deze onschendbaarheid is dat er een driedeling in verdragsrechten uit het EVRM ontstaat.³⁹ Er zijn rechten die absoluut onschendbaar zijn, zoals het recht op leven, het verbod op foltering, het verbod op slavernij en het *nulla poena sine lege*-beginsel, er zijn rechten waarvan slechts in noodgevallen mag worden afgeweken, zoals het verbod op dwangarbeid, het recht op vrijheid en veiligheid, het recht op een eerlijk proces, het recht om te trouwen en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en tot slot zijn er rechten waarvan onder bepaalde voorwaarde reeds in vreedstijd mag worden afgeweken en waarvan deze voorwaarden in nood nog verder mogen worden opgerekt, zoals het recht op privacy, de vrijheid van gedachte, geweten en religie, de vrijheid van meningsuiting en het recht op vergadering en betoging.⁴⁰

35 Loof ontwaart hierin daarentegen juist een strenge lijn aangezien hij Hof's oordeel niet ziet als een interpretatie van het noodzakelijkheidsvereiste uit lid 1, maar (ook) van het notificatievereiste. J. P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 625.

36 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 91.

37 Aanvankelijk werd voorgesteld het recht op petitie op te nemen in de lijst, maar dit voorstel heeft het uiteindelijk niet gered. A.L. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception. With special reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1998, p. 499.

38 Art. 79 Abs. 3 GG.

39 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 319. ECRM 19 december 1959, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 111.

40 Zie verder: R. Higgins, 'Derogations under Human Rights Treaties', *British Yearbook of International Law* 1976, p. 281-319.

In de jurisprudentie is hieromtrent de vraag gerezen welke besprekingsvolgorde er door de Commissie en het Hof bij een beroep op artikel 15 EVRM dient te worden gehanteerd: eerst vaststellen of er een schending heeft plaatsgehad, die al dan niet kan worden gerechtvaardigd door de beperkingsclausule van het recht zelf, om vervolgens tot de vraag te komen of deze te rechtvaardigen valt in een noodsituatie of, in een meer holistische benadering, deze vragen tezamen te beoordelen, na te hebben vastgesteld dat er sprake is van een noodtoestand.

In de eerste zaak voor de Commissie, *Griekenland t. VK* (1958), koos de Commissie expliciet voor de laatste benadering '(...) as the subjects are inter-related and the validity of a derogation may have an influence on most of the questions submitted for consideration by the commission, both de facto and de jure, it seemed preferable for the chapter on Article 15 to precede the chapters dealing with the particular measures denounced by the Greek Government.'⁴¹ Deze lijn koos de Commissie eveneens in de zaak *Denemarken e.a. t. Griekenland* (1969), waarbij ze verwijst naar de voorgenoemde overweging en toevoegt: 'The reason for this is that the invocation of Article 15 by the respondent Government has the character of a general defence under the Convention of acts done and measures adopted on and after 21st April, 1967, and may therefore properly be given priority.'⁴² Deze vrij principiële lijn duikt in de jurisprudentie zo nu en dan nog op, zoals bij de uitspraak van de Commissie in *Şimşek t. Turkije* (1999), waarin zij alvorens over te gaan tot de beoordeling van een mogelijke schending van de verdragsrechten eerst de 'preliminary objection under Article 15' bespreekt.⁴³ Ook het Hof hanteert deze denkwijze in *Brogan e.a. t. VK* (1988), waarin het in haar 'General Approach' allereerst stilstaat bij de toepassing van artikel 15.⁴⁴ Tot slot kan deze lijn tevens gevonden worden in *Sakik e.a. t. Turkije* (1997), waarin het Hof oordeelt dat aangezien de Turkse overheid een beroep op het noodrecht had gedaan het 'must accordingly first determine whether the derogation concerned applies to the facts of the case'.⁴⁵

Daarentegen zijn er ook enkele zaken te vinden waarin de mogelijke afwijking onder artikel 15 helemaal aan het eind van de beslissing wordt besproken, zoals door de Commissie in *Lawless t. Ierland* (1959) en *Brannigan and McBride t. VK* (1991) en door het Hof in *Lawless t. Ierland* (1961) en *Karman t. Hongarije* (2006).⁴⁶

Doorgaans wordt het mogelijke beroep op artikel 15 echter besproken onder de beoordeling van de mogelijke schending van een specifiek verdragsrecht. Daarbij wordt er soms voor gekozen artikel 15 eerst te bespreken, alvorens tot een beoordeling van de onderliggende verdragsrechtsschending te komen, zoals in de zaken van het Hof in *Sadak t. Turkije* (2004), *Yurtass t. Turkije* (2004), *Yaman t. Turkije* (2005) en *Bilin t. Turkije* (2006), maar doorgaans wordt artikel 15 pas na een oordeel over het onderliggende verdragsrecht en een mogelijke schending daarvan te berde gebracht, zoals in zaken voor de Commissie *Ierland t. VK* (1978) en *Aksoy t. Turkije* (1995) en de zaken voor het Hof *Brannigan and McBride t. VK* (1993), *Aksoy t. Turkije* (1996), *Demir e.a. t. Turkije* (1998), *Nuray Sen t. Turkije* (2003), *Ozkan t. Turkije* (2004), *Elci t. Turkije* (2004) en *A. e.a. t. VK* (2009).

41 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 93.

42 ECRM 05 november 1969, appl.no. 3321/67, 3322/67, 3323/67 en 3344/67 (Denemarken e.a./Griekenland), par. 15.

43 ECRM 1 maart 1999, appl.no. 28010/95 (Şimşek/Turkije), par. 48.

44 EHRM 29 november 1988, appl.no. 11209/84, 11234/84, 11266/84 en 11386/85 (Brogan e.a./VK), par. 48.

45 EHRM 26 november 1997, appl.no. 23878/94-23883/94 (Sakik e.a./Turkije), par. 33.

46 EHRM 22 februari 2006, appl.no. 6444/02 en 26579/04 (Karman/Hongarije).

Naast het feit dat enige consistentie in de benadering wellicht wenselijk zou zijn, laat de laatstgekozen en meest voorkomende aanpak een principiële andere benadering zien dan de oorspronkelijke van de Commissie. Waar aanvankelijk eerst een algemene beschrijving van de toestand plaats had en de mogelijke afwijking van een verdragsrecht in het geheel van feiten en omstandigheden werd beoordeeld, wordt nu artikel 15 na de constatering van een mogelijke schending besproken. De nieuwgekozen benadering lijkt tot gevolg te hebben dat er eerst een schending van een verdragsrecht wordt geconstateerd, om deze vervolgens te vergoelijken middels een beroep op het noodrecht.⁴⁷ Bovendien marginaliseert deze benadering het belang van het noodrechtartikel.⁴⁸ Immers, in het geval er geen schending van een verdragsrecht wordt geconstateerd, hoeft niet te worden overgegaan tot een inhoudelijke beoordeling van de uitzonderingsmaatregelen. Daarenboven hebben zowel de Commissie als het Hof er een aantal keer voor gekozen te verklaren dat de schending van een verdragsrecht zo ernstig was dat dit huns inziens nooit door een beroep op artikel 15 zou kunnen worden gerepareerd, zodat een uitvoerige bespreking daarvan achterwege kon blijven. Het verlaten van de oorspronkelijke lijn van de Commissie heeft derhalve tot gevolg dat de rol die artikel 15 speelt in de jurisprudentie kleiner is geworden.

5 De vereisten uit het eerste lid: conformiteit, noodzakelijkheid en nood

In dit artikel is reeds stilgestaan bij de algemene beoordelingsruimte van de Commissie en het Hof ten aanzien van artikel 15 EVRM, het notificatievereiste en de jurisprudentiële behandelingsvolgorde bij afwijking van verdragsrechten met een beroep op het noodrecht. Het artikel sluit af met een bespreking van het eerste lid van artikel 15, waarin drie onderscheiden vereisten staan vermeld. Ten eerste moeten noodmaatregelen voldoen aan verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht, ten tweede moeten ze strikt vereist worden door de noodtoestand en tot slot moet het gaan om een geval van oorlog of van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt.⁴⁹

5.1 Het conformiteitsvereiste

Het vereiste van conformiteit van de noodmaatregelen met verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht is zowel te vinden in het EVRM als in het IVBPR, waarbij moet worden

47 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), Separate Opinion Fitzmaurice.

48 Daarbij moet worden bedacht dat deze benadering zeer complex wordt indien er, zoals meermaals is voorgekomen, niet alleen een beroep op artikel 15, maar ook op artikel 17 en 18 wordt gedaan. Door de gekozen systematiek kan het voorkomen dat het Hof een inbreuk constateert op een verdragsrecht, dat deze niet geoorloofd is middels de beperkingsclausule van het recht zelf, dat deze beperking toch is geoorloofd met een beroep op het noodrecht, dat dit beroep op het noodrecht echter in strijd is met artikel 18 aangezien een verdragsrecht wordt beperkt zonder dat dit ten behoeve is van het doel waarvoor de beperking is gegeven, maar dat het oorspronkelijke beroep op het verdragsrecht als misbruik van recht moet worden gekwalificeerd en dus vervalt.

49 Opmerkelijk genoeg wordt soms in de jurisprudentie de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets ook meegewogen bij de vraag of er sprake is van een geval van oorlog of van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt.

gedacht aan algemeen erkende regels van internationaal recht,⁵⁰ zoals vervat in de Haagse conventies, de Geneefse conventies en de VN-verdragen omtrent mensenrechten, kinderrechten, foltering en volkerenmoord en wellicht aan de tekst van de *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*. De logica achter het opnemen van een dergelijk vereiste is gelegen in het verschaffen van een minimumstandaard waaraan te allen tijde moet worden voldaan.

Het opvallendst aan de jurisprudentie omtrent het conformiteitsvereiste is de onopvallendheid. Slechts in één zaak leek er vrij uitvoerig bij te worden stilgestaan, namelijk in *Lawless t. Ierland* (1961) waarin het Hof zich klaarblijkelijk vergiste en de notificatieplicht uit het derde lid besprak onder het kopje: 'As to whether the measures derogating from obligations under the Convention were "inconsistent with ... other obligations under international law"'.⁵¹ Voor het overige wordt het conformiteitsvereiste in het overgrote deel van de jurisprudentie niet besproken. Als dat wel gebeurt, dan is dit vaak alleen om vast te stellen dat uit niets is gebleken dat niet aan dit vereiste is voldaan, zoals de Commissie in *Griekenland t. VK* (1958) en *Ierland/VK* (1978) en het Hof in *Ierland t. VK* (1978). Soms wordt er slechts naar het conformiteitsvereiste verwezen om te stellen dat een bespreking ervan achterwege kan blijven aangezien een beroep op het noodrecht reeds is afgeketst op grond van andere vereisten, zoals de Commissie in *Denemarken e.a. t. Griekenland* (1969). Tot slot verwees de Commissie in *Lawless t. Ierland* (1959) niet naar internationale verplichtingen om een beroep op het noodrecht af te wijzen of te beperken, maar om een dergelijk beroep juist toe te staan, aangezien Ierland haars inziens de plicht had om de territoriale integriteit van andere landen te beschermen en de extraterritoriale acties van de IRA zo mocht tegengaan door middel van noodmaatregelen.

Het conformiteitsvereiste uit het eerste lid lijkt tot dusver derhalve geen grote rol te spelen. De enige ontwikkeling die, gezien de beperktheid van de zaken hieromtrent, voorzichtig kan worden geschetst, is dat de verwijzing naar internationale verplichtingen aanvankelijk vrij breed geschiedde, onder andere naar de Haagse en Geneefse conventies,⁵² terwijl dit later steeds meer is toegespitst op het IVBPR en dan meer specifiek het daarin vervatte noodrechtartikel.⁵³ Sprekend is in dit verband de zaak van *Marshall t. VK* (2001), waar het Hof de zaak niet-ontvankelijk heeft verklaard, waarin de klager had aangevoerd dat er in strijd was gehandeld met het conformiteitsvereiste, met een verwijzing naar artikel 4 IVBPR en de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité, maar ook naar '(...) the evolving view of the Inter-American Court in this area and to the adoption of the *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, which have received the approval of the International Law Association.' Het Hof wees dit argument echter af aangezien

'(...) it finds nothing in the applicant's reference to the observations of the United Nations Human Rights Committee to suggest that the Government must be considered to be in breach of their obligations under

50 Zie ook art. 26 EVRM.

51 EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (*Lawless/Ierland*), par. 39 e.v.

52 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (*Griekenland/VK*), par. 147. Zie ook : ECRM 26 mei 1975, appl.no. 6780/74 en 6950/75, par. 527/528 (*Cyprus/Turkije*), par. 527/528.

53 Zie ook: L. E. Pettiti, E. Decaux en P.H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris: Economica 1995, p. 497. G. Cohen-Johnatan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence: Economica 1989, p. 561. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 57.

the International Covenant on Civil and Political Rights by maintaining their derogation after 1995. On that account the applicant cannot maintain that the continuance in force of the derogation was incompatible with the authorities' obligations under international law.⁵⁴

Het Hof negeerde hiermee de andere door Marshall genoemde internationale verplichtingen en spitste zijn oordeel slechts toe op artikel 4 IVBPR en de jurisprudentie daaromtrent.

Ook in de enige zaak waarin het conformiteitsvereiste wel inhoudelijk werd besproken,⁵⁵ *Brannigan and McBride t. VK* (1993), werd slechts ingegaan op artikel 4 IVBPR, namelijk de daarin vervatte verplichting tot officiële afkondiging van de noodtoestand, die, zoals eerder vermeld, niet is opgenomen in het EVRM. Opmerkelijk is dat het Hof hier wederom een zeer terughoudende benadering kiest en stelt dat 'it is not its role to seek to define authoritatively the meaning of the terms "officially proclaimed" in Article 4 of the Covenant'⁵⁶ en vervolgens het argument van de regering aanvaardt dat een aankondiging van crisismaatregelen van de minister van Binnenlandse Zaken in het parlement ook kan worden gezien als officiële afkondiging.

Het is derhalve de vraag welk belang het conformiteitsvereiste vertegenwoordigt nu het nauwelijks aan bod komt en tot artikel 4 IVBPR lijkt te worden beperkt. Daarbij komt dat het niet voor de hand liggend is om de wel in het tweede lid van artikel 4 IVBPR, maar niet in het EVRM genoemde 'non-derogable rights' door te laten werken via het conformiteitsvereiste uit artikel 15, eerste lid EVRM nu er door de opstellers van het EVRM expliciet voor is gekozen om een limitatieve opsomming van deze rechten te geven.⁵⁷ Ook ten aanzien van het hierboven reeds besproken notificatievereiste is ten aanzien van de extra plichten genoemd in artikel 4, derde lid IVBPR nimmer verwezen naar eventuele doorwerking middels de conformiteitsplicht. Het in artikel 4, eerste lid, IVBPR genoemde vereiste van officiële afkondiging is door het Hof, zoals besproken, zeer marginaal getoetst en ook de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité, waaruit blijkt dat slechts een beroep op het noodrecht kan worden gedaan in uitzonderlijke omstandigheden, wordt in de zaak *A. e.a./VK* (2009) wel door het Hof besproken, om vervolgens te constateren dat dit vereiste niet geldt ten aanzien van artikel 15 EVRM.⁵⁸

Wat mogelijk overblijft is het discriminatieverbod dat expliciet in artikel 4 IVBPR is vervat; het EVRM kent dit als aparte plicht in artikel 14, maar hiervan mag worden afgeweken met een beroep op artikel 15.⁵⁹ Artikel 4 IVBPR stelt dat noodmaatregelen slechts mogen worden getroffen '(...) provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.' Dit tegen de achtergrond van de discriminatoire wetten en maatregelen die in diverse landen tijdens de Tweede Wereldoorlog zijn getroffen, waarvan het meest bekend zijn geworden de naar aanleiding van de aanval op Pearl Harbor door de Ameri-

54 EHRM 10 juli 2001, appl.no. 41571/98 (Marshall/VK).

55 Zie ook: A. Mokhtar, 'Human Rights obligations v. derogations: article 15 of the European convention on human rights', *The International Journal of Human Rights* 2007, p. 65-87.

56 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), par. 72.

57 Zie de travaux préparatoires van artikel 15 EVRM: <[http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART15-CDH\(77\)5-BIL1338902.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART15-CDH(77)5-BIL1338902.pdf)>.

58 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A. e.a./VK), par. 178.

59 Dit wordt betwijfeld door Y. Haecck en J. Vande Lanotte, 'Artikel 15: Afwijking in geval van oorlog of algemene noodtoestand', in: J. Vande Lanotte en Y. Haecck, *Handboek EVRM*, Deel 1 – algemene rechtsbeginselen, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

kaanse overheid getroffen maatregelen tegen Japanse ingezetenen en nazaten op haar grondgebied, onder andere met betrekking tot deportatie en internering.⁶⁰

Ook van een mogelijk belang van dit vereiste blijkt echter niets uit de jurisprudentie. In *Denemarken e.a. t. Griekenland* (1969) oordeelde de Commissie ten aanzien van de door de net aan de macht gekomen revolutionaire regering getroffen maatregelen gericht tegen communistische partijen en organisaties, die mogelijk een tegencoup wilden plegen, dat dit in strijd met artikel 14 was⁶¹ en ook in *Cyprus t. Turkije* (1976), waarin de Turkse overheid op het pas binnengevallen grondgebied van Cyprus maatregelen specifiek tegen de Grieks-Cypriotische bevolking had getroffen, stelde de Commissie een schending van artikel 14 vast.⁶² Echter, in geen van beide zaken kwam aan bod of een dergelijke schending te rechtvaardigen was met een beroep op artikel 15, aangezien dit beroep in beide zaken was afgewezen. In *Ierland t. VK* (1978) beriep het Hof zich op zijn terughoudendheid ten aanzien van een oordeel omtrent een schending van artikel 14 met betrekking tot de keuze van de Britse overheid vrijwel uitsluitend op te treden tegen de IRA en niet tegen andere ook actief zijnde terreurorganisaties, die welgezind stonden ten opzichte van de Britse overheersing.⁶³ In *Yaman t. Turkije* (2005) ging het Hof niet inhoudelijk in op de klacht dat de Turkse overheid discriminerend handelde ten opzichte van de Turks-Koerdische bevolking⁶⁴ en in *A. e.a. t. VK* (2009) oordeelde het Hof dat de discriminerende maatregelen ten aanzien van buitenlanders in het kader van terrorismebestrijding wegens hun discriminerende karakter en buitensporigheid reeds niet waren geoorloofd onder artikel 5, waardoor een beoordeling van een mogelijk conflict met artikel 14 buiten beschouwing kon blijven.⁶⁵ Ook van de mogelijke relevantie van een doorwerking van het discriminatieverbod uit artikel 4 IVBPR middels het conformiteitsvereiste uit artikel 15 EVRM in het geval er met een beroep op artikel 15 van artikel 14 mag worden afgeweken, blijkt derhalve niets uit de jurisprudentie, waardoor moet worden gesteld dat dit vereiste, althans tot nu toe, van weinig belang is geweest.

5.2 Het noodzakelijkheidsvereiste

Noodmaatregelen dienen strikt vereist te worden door de ernst van de situatie. Hieruit volgen vijf onderscheiden vereisten, die in de jurisprudentie voornamelijk aan de hand van een schending van artikelen 5 en 6 EVRM kunnen worden geïllustreerd, aangezien de noodmaatregelen doorgaans internering van niet-verdachte of verdachte personen betreffen aan wie hun rechten op toegang tot en spoedige voorgeleiding voor een rechter, bijstand door een advocaat en andere

60 Zie ook: *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

61 ECRM 05 november 1969, appl.no. 3321/67, 3322/67, 3323/67 en 3344/67 (*Denemarken e.a./Griekenland*), par. 274.

62 ECRM 26 mei 1975, appl.no. 6780/74 en 6950/75, par. 527/528 (*Cyprus/Turkije*), par. 503.

63 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (*Ierland/VK*), par. 229 en par. 235. Zie ook: *Separate Opinion O'Donoghue en Seperate Opinion Matscher*.

64 EHRM 02 februari 2005, appl.no. 32446/96 (*Yaman/Turkije*), par. 88.

65 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (*A. e.a./VK*), par. 192.

soortgelijke rechten worden ontzegd.⁶⁶ Ten eerste dienen de maatregelen noodzakelijk te zijn in die zin dat de normale mogelijkheden en beperkingsclausules ontoereikend zijn om de nood de baas te kunnen.⁶⁷ Ten tweede moeten de maatregelen proportioneel zijn, waarbij het voornamelijk gaat om de tijd dat een persoon zonder proces wordt vastgehouden in verhouding tot de ernst van de noodsituatie. Ten derde moet aan het subsidiariteitsvereiste worden voldaan, waarbij met name wordt gekeken naar het alternatief van het instellen van speciale (oorlogs)rechtbanken. Ten vierde wordt vereist dat de maatregelen effectief zijn en tot slot dient er een causaal verband te zijn tussen de nood en de noodmaatregelen.⁶⁸

Reeds is ter sprake gekomen dat de verzwaarde plicht van 'strikt vereist' gaandeweg is getransformeerd naar een 'wide margin of appreciation', een tendens die ook ten aanzien van de vijf specifieke eisen valt te bespeuren, om welke reden hieronder slechts wordt volstaan met een aantal voorbeelden van de ruimheid van de beoordelingsvrijheid. Alhoewel het noodzakelijkheidsvereiste het enige substantiële vereiste uit artikel 15 is, wordt ook hieromtrent een zeer ruime uitleg geaccepteerd. Zo is het causaliteitsvereiste aan bod gekomen in *Brannigan and McBride t. VK* (1993), waarin de maatregelen centraal stonden die reeds in *Brogan e.a. t. VK* (1988) bij het Hof ter beoordeling waren gekomen. In laatstgenoemde zaak kwalificeerde het Verenigd Koninkrijk deze maatregelen niet als noodmaatregelen en deed zij geen beroep op artikel 15, maar was zij de mening toegedaan dat deze ook onder de gewone verdragsrechten waren geoorloofd. Toen het Hof hieromtrent anders oordeelde trok de Britse overheid de maatregelen niet in, maar besloot zij binnen een maand na de uitspraak de noodtoestand uit te roepen. Dit deed de klagers in *Brannigan and McBride* vermoeden dat de causale relatie ten aanzien van de maatregelen, die door de overheid snel als noodmaatregelen waren bestempeld, niet was dat er een noodtoestand was geconstateerd en er vervolgens passende maatregelen waren getroffen, maar andersom, dat er maatregelen waren getroffen en om deze in stand te kunnen laten de noodtoestand was uitgeroepen. Aan deze niet geheel onbegrijpelijke redenering besteedde het Hof echter geen aandacht, maar oordeelde het slechts dat het oordeel van de Britse overheid hieromtrent zou volgen.⁶⁹

In dezelfde zaak kwamen ook het subsidiariteitsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste ter sprake. Zo meldde de Britse overheid in haar binnen een maand na de *Brogan*-uitspraak uitgevaardigde notificatie van de noodtoestand aan de Secretaris-Generaal dat ze wellicht wilde derogeren aan artikel 5 EVRM, maar dat zij zich hierover nog geen 'firm and final view' had gevormd en nog wenste te onderzoeken of er redelijke alternatieven voorhanden waren. Terwijl uit weinig bleek dat de Britse overheid inderdaad een dergelijke toets had doen laten plaatsvinden, maar veeleer de maatregelen in stand had gelaten om deze vervolgens voor het Hof te verdedigen, viel ook dit volgens het Hof binnen de 'margin of appreciation' en meende zij dat alhoewel artikel 15 geen ruimte laat voor dergelijke 'interim measures', dit enkele feit niet mocht

66 F. Bruscoli, 'The rights of individuals in times of armed conflict', *The international journal of human rights* 2002, p. 45-60. A. de Zayas, 'Human rights and indefinite detention', *International Review of the Red Cross* 2005, p. 15-38./R. Hickman, 'Between Human Rights and the Rule of Law: indefinite Detention and the Derogation Model of Constitutionalism', *The Modern Law Review* 2005, p. 655-668. S. Stavros, 'The Right to a Fair Trial in Emergency Situations', *The international and comparative law quarterly* 1992, p. 343-365.

67 Zie ook de zaak: EHRM 27 maart 1962, appl.no. 214/5 (De Becker/België).

68 'Required by', dat een causaal verband suggereert, is expliciet toegevoegd in de tekst van het EVRM.

69 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (*Brannigan and McBride/VK*), par. 51. Zie ook: Dissenting Opinion De Meyer.

leiden tot een afwijzing van een beroep op het noodrecht.⁷⁰ Het Hof lijkt het instellen van speciale tribunalen bovendien geen goed alternatief te vinden aangezien de Britse overheid geen of nauwelijks belastend bewijs had of vrij wilde geven omtrent de vastgezette personen.

Ook kwam het noodzakelijkheidvereiste ter sprake. De Britse overheid stelde namelijk dat de normale rechtsgang en de toegang van een verdachte tot een rechter in de noodsituatie niet kon worden gevolgd daar zij weinig bewijs had ten aanzien van de personen en omdat het Britse rechtsstelsel het de officier van justitie mogelijk maakt bewijs niet aan de rechter te ontsluiten. Zou de normale rechtsgang worden gevolgd, zo luidde de redenering, dan zou de rechterlijke macht haar geloofwaardigheid en gezag verliezen, omdat ze een oordeel moest vellen over zaken waaromtrent zij geen bewijs kende. De klagers in deze zaak betwijfelden of het buiten spel zetten van de rechterlijke macht daadwerkelijk haar geloofwaardigheid en gezag ten goede zou komen en ook rechter Pettiti merkte in zijn *dissenting opinion* op dat hij het moeilijk vond te geloven '(...) that the independence of a judge would be undermined because he took part in proceedings making it possible to grant or approve an extension of detention.'⁷¹ Toch volgde het Hof de overheid ook in deze redenering en stelde dat aan het noodzakelijkheidsvereiste was voldaan.

Het effectiviteitsvereiste kwam aan bod in de zaak *Ierland t. VK* (1978), waar de klagers met een verwijzing naar de ontwikkelingen in Noord-Ierland stelden dat de noodmaatregelen 'not only failed to put a brake on terrorism but also had the result of increasing it'. Zonder dat duidelijk wordt wat Groot-Brittannië hier tegen in heeft te brengen stelt het Hof:

'It is certainly not the Court's function to substitute for the British Government's assessment any other assessment of what might be the most prudent or most expedient policy to combat terrorism. The Court must do no more than review the lawfulness, under the Convention, of the measures adopted by that Government from 9 August 1971 onwards. For this purpose the Court must arrive at its decision in the light, not of a purely retrospective examination of the efficacy of those measures, but of the conditions and circumstances reigning when they were originally taken and subsequently applied.'⁷²

Dit is een op zijn minst opmerkelijk constatering omdat de vraag of maatregelen effectief, subsidiair, proportioneel en dus noodzakelijk zijn normaal gesproken juist een onderdeel vormt van de vraag of zij 'lawfull' zijn,⁷³ terwijl het Hof hier stelt dat zij slechts de rechtmatigheid van maatregelen dient te toetsen en daarom niet hun effectiviteit en mogelijke alternatieven hoeft te beoordelen.

Tot slot wordt de vraag of is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste, waarin wordt getoetst of de derogatie aan artikelen 5 en 6 in verhouding is met de ontstane nood, weinig consistent beantwoord.⁷⁴ Bovendien wordt dit vereiste in *Ierland t. VK* (1978) opgerekt tot het aanvaarden van maatregelen waarmee personen die niet verdacht zijn van enig delict 48 uur in detentie mogen worden gehouden en wel verdachte personen voor een periode van zes maanden kunnen

70 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), par. 54.

71 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), Dissenting Opinion Pettiti.

72 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), par. 214.

73 Zie ook: Svensson 1998 (*supra* noot 37), p. 600.

74 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 297; EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 38; EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), par. 66; EHRM 18 december 1996, appl.no. 21987/93 (Aksoy/Turkije), par. 78; EHRM 23 september 1998, appl.no. 21380/93, 21381/93 en 21383/93 (Demir e.a./Turkije), par. 57.

worden vastgezet met een zeer vergaande beperking van hun rechten.⁷⁵ In plaats van de specifieke toets ten aanzien van de proportionaliteit van deze tijdsduur wordt in de jurisprudentie steeds meer nadruk gelegd op het bestaan van afdoende waarborgen, waarbij moet worden gedacht aan bijstand van een advocaat, toegang tot een dokter en contact met familieleden. Toch is dit niet het enige soort waarborgen waarop een beroep wordt gedaan. Zo stelde de Ierse overheid in *Lawless t. Ierland* (1961) dat Lawless weliswaar een aantal maanden was vastgezet, maar dat hem reeds na een maand was gemeld dat als hij zou verklaren dat hij zich niet meer met terroristische activiteiten zou bezighouden, hij zou worden vrijgelaten. Dit deed hij aanvankelijk niet, maar toen hem na een aantal maanden nogmaals hetzelfde aanbod werd gedaan, stemde hij alsnog met het voorstel in en werd hij vrijgelaten. Het Hof vraagt zich vervolgens niet af of als Lawless al na een maand een dergelijk aanbod werd gedaan, het wel noodzakelijk was hem nog verder vast te houden, daar een dergelijke toezegging nauwelijks als garantie kan worden gekwalificeerd, maar accepteert het voorstel als waarborg die dient te worden meewogen in de beoordeling van de rechtmatigheid van de getroffen maatregelen.⁷⁶

Uit het voorgaande blijkt dat niet alleen, zoals in paragraaf twee reeds is besproken, in meer algemene zin het in artikel 15 EVRM geformuleerde vereiste van 'strikte' noodzakelijkheid van noodmaatregelen geleidelijk aan is getransformeerd in de formule van een 'wide margin of appreciation' voor staten. Ook worden er ten aanzien van elk van de afzonderlijke criteria die in het kader van de noodzakelijkheidstoets worden meegewogen zeer ruime uitzonderingen geaccepteerd. Daarnaast moet worden opgemerkt dat zowel de Commissie als het Hof zich lijken te onthouden van een inhoudelijke toets ten aanzien van noodmaatregelen die aanvankelijk golden, maar later zijn teruggetrokken of afgezwakt.⁷⁷ Al met al blijft ook hier een beperkt belang van het noodzakelijkheidvereiste over.

5.3 De noodtoestand

Tot slot stelt het eerste lid van artikel 15 EVRM dat iedere Hoge Verdragsluitende Partij noodmaatregelen kan treffen in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt. Aanvankelijk werd in de tekst slechts gewag gemaakt van het geval van oorlog, waarbij eerst en vooral werd gedacht aan een verdedigingsoorlog, maar niet werd uitgesloten dat onder bepaalde omstandigheden ook bij een 'pre-emptive war' een beroep op het noodrecht kon worden gedaan.⁷⁸ Naast oorlog is er in de verdragstekst ook ruimte gelaten voor andere '(...) instances of extraordinary peril or crisis, not in time of war, when derogation from obligations assumed under a convention would become essential for the safety of the people and the existence of the nation',⁷⁹ waarbij met name werd gedacht aan een extreme natuurramp.⁸⁰ De nadruk op het gebruik van het noodrecht in het belang

75 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), par. 221. Zie o.a. EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (Brannigan and McBride/VK), Dissenting Opinion Walsh.

76 EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 38.

77 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 203/235. EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), par. 220.

78 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 89.

79 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 83.

80 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 86.

van het volk, die is terug te vinden in de gehele totstandkomingsgeschiedenis van zowel artikel 4 IVBPR als artikel 15 EVRM, moet worden gezien tegen de achtergrond van het misbruik van het uitzonderingsrecht door totalitaire regimes. Tot slot meenden de verdragsopstellers dat het zowel met betrekking tot oorlog als daarmee vergelijkbare noodsituaties moest gaan om een toestand van zodanige proporties '(...) as to threaten the life of the nation as a whole.'⁸¹

Gezien de nadruk op de 'nation as a whole' en het feit dat de nood het voortbestaan van het land moet bedreigen is de jurisprudentie ten aanzien van het woord 'land' of 'nation' in artikel 15, eerste lid relevant. De tekst die als volgt luidt '(...) noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen (...)', lijkt een verband te suggereren tussen de Hoge Verdragsluitende Partij en het land. Het tegengestelde bleek echter uit de uitspraak van de Commissie in *Griekenland t. VK* (1958), waarin centraal stond het noodrecht, afgekondigd door Groot-Brittannië ten aanzien van Cyprus, dat zij tot haar rijk rekende, om zo de Grieks- en Turks-Cypriotische opstandelingen te kunnen bestrijden. Griekenland betwistte de bevoegdheid van de Britse regering om dit noodrecht af te kondigen, aangezien niet het hele Britse rijk in gevaar was, maar slechts een deelregio. De Commissie oordeelde echter dat '(...) the term "nation" means the people and its institutions, even in a non-self-governing territory, or in other words, the organised society, including the authorities responsible both under domestic and international law for the maintenance of law and order' en stelt dat een rijk met meerdere landen wel degelijk ten aanzien van een specifiek land het noodrecht mag invoeren omdat ze anders niet kon optreden in het geval van '(...) an attempt to overthrow by force the established Government of the territory.'⁸² Dit is opmerkelijk omdat de Commissie hiermee in feite een vrijbrief aan koloniale regimes geeft om de wens tot zelfbeschikking en autonomie van de inheemse bevolking, die in dat verband de overheerser wil afzetten, te ondermijnen door een beroep op het noodrecht.⁸³ Dat dergelijk gebruik van het noodrecht geenszins fictief is blijkt wel uit het feit dat Groot-Brittannië een beroep op artikel 15 heeft gedaan niet alleen ten aanzien van Cyprus, maar ook met betrekking tot Singapore, Kenia, Brits Guineea, Rhodesië, Zanzibar, Mauritius, Aden, Nysaland en Malaya en ook door Frankrijk is ingezet ten aanzien van Nieuw-Caledonië.⁸⁴ Het is echter zeer de vraag of, als 'land' niet het hele rijk connoteert en de ernst van het ophanden zijnde gevaar derhalve lokaal moet worden beoordeeld, het in het belang van de in opstand zijnde inheemse bevolking, een belang dat dan ook lokaal zal moeten worden beoordeeld, is om in hun rechten te worden beperkt met een beroep op het noodrecht.

Echter, het blijkt uit de jurisprudentie omtrent de toestand in Noord-Ierland dat niet alleen een opstand in een kolonie als bedreiging van de 'nation as a whole' kan worden gezien, maar dat ook de situatie in een specifieke deelregio van een land hiertoe aanleiding kan geven. Alhoewel dit vereiste in *Lawless t. Ierland* (1961) door het Hof nog als serieuze toetssteen wordt gezien,⁸⁵ stelt het in *Ierland t. VK* (1978) slechts dat het 'perfectly clear' is dat het leven van geheel Groot-Brittannië in gevaar is⁸⁶ en in *Brannigan and McBride t. VK* (1993) verwijst het

81 Bossuyt 1987 (*supra* noot 3), p. 86

82 ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 130.

83 Zie Dissenting Opinion Eustathiades: ECRM 26 september 1958, appl.no. 176/56 (Griekenland/VK), par. 139.

84 Svenson 1998 (*supra* noot 37), p. 699-700.

85 EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 28.

86 EHRM 18 januari 1978, appl.no. 5310/71 (Ierland/VK), par. 205. Zie: Separate Opinion O'Donoghue.

Hof kort naar 'the extent and impact of terrorist violence in Northern Ireland and elsewhere in the United Kingdom' om tot het oordeel te komen dat inderdaad heel Groot-Britannië in nood is,⁸⁷ en wijkt daarmee af van rechter Walsh die in zijn *dissenting opinion* stelt dat het de vraag is of '(...) the island of Great Britain, is threatened by "the war or public emergency in Northern Ireland"', which is separated by sea from Great Britain and of which it does not form a part.⁸⁸

In de Turkse zaken gaan zowel het Hof als de Commissie verder op de gekozen lijn, zodat zowel de Commissie (1995) als het Hof (1996) in de zaak *Aksoy*, klaarblijkelijk zonder een *contradictio in terminis* te bespeuren, stellen dat 'There is no serious dispute between the parties as to the existence of a public emergency in South-East Turkey threatening the life of the nation',⁸⁹ respectievelijk 'The Court considers, in the light of all the material before it, that the particular extent and impact of PKK terrorist activity in South-East Turkey has undoubtedly created, in the region concerned, a "public emergency threatening the life of the nation"'.⁹⁰ Dergelijke stellingen worden ook in de navolgende jurisprudentie betrokken.

Naast het feit dat niet meer de hele natie in gevaar hoeft te zijn is ook een verschuiving waar te nemen ten aanzien van de ernst van de dreiging. Waar de opstellers van de conventie voornamelijk de verdedigingsoorlog in gedachte hadden, is in de Europese noodrechtjurisprudentie slechts eenmaal een geval van oorlog besproken, waar het ging om een aanvalsoorlog waarin Turkije Cyprus binnenviel. In *Griekenland t. VK* (1958) werden de Britse overheersers en zijn instituties in het voortbestaan bedreigd, in *Lawless t. Ierland* accepteerde zowel de Commissie (1959) als het Hof (1961) een beroep op de noodtoestand vanwege de extraterritoriale activiteiten van de IRA die mogelijk aanleiding zouden geven tot oorlog⁹¹ in *Denemarken e.a. t. Griekenland* (1969) betrof het een pas aan de macht gekomen revolutionaire regering die een beroep op het noodrecht deed om de Communistische organisaties die haar omver wilden werpen in hun activiteiten te beperken. Dit is geleidelijk aan verschoven naar de zaken in Noord-Ierland (*Ierland en Brannigan and McBride*) en Turkije (*Aksoy, Sakik, Demir, Şimşek, Nuray Sen, Sadak, Yurtass, Ozkan, Elci, Yaman en Bilin*) waar centraal staat de inzet van het noodrecht ten aanzien van de activiteiten van een afscheidingsbeweging (de IRA respectievelijk de PKK) die het recht op zelfbeschikking en autonomie claimt voor een specifieke religieuze of etnische groepering in een bepaalde deelregio, om tot slot uit te monden in de laatste zaak omtrent het noodrecht (*A. e.a. t. VK*) die betreft de mogelijke aanslagen van een buitenlandse terreurorganisatie (Al-Qaida), die niet ten doel heeft de zittende macht omver te werpen noch een regio af te scheiden, maar slechts angst wenst te zaaien door incidentele aanslagen.

In alle zaken wordt door het Hof en de Commissie geaccepteerd dat er sprake is van algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt; slechts eenmaal is dit vereiste een obstakel gebleken voor een beroep op de noodtoestand, namelijk de zaak *Denemarken e.a. t. Griekenland* (1969). Daarin stelde de Commissie vast dat er sprake was van een fragiele, net aan de macht gekomen, revolutionaire regering, dat een aantal organisaties en een deel van de bevolking deze regering wenste af te zetten, dat zij daartoe illegale organisaties oprichtten,

87 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (*Brannigan and McBride/VK*), par. 47.

88 EHRM 25 mei 1993, appl.no. 14553/89 en 14554/89 (*Brannigan and McBride/VK*), *Dissenting Opinion Walsh*.

89 ECRM 23 oktober 1995, appl.no. 21987/93 (*Aksoy/Turkije*), par. 179.

90 EHRM 18 december 1996, appl.no. 21987/93 (*Aksoy/Turkije*), par. 70.

91 ECRM 19 december 1959, appl.no. 332/57 (*Lawless/Ierland*), par. 90. EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (*Lawless/Ierland*), par. 28.

illegale activiteiten ontplooiden, sabotage pleegden aan kritische infrastructuur van het land, er schietincidenten hadden plaatsgevonden en er naar verluid zo'n 100 bomaanslagen of pogingen daartoe waren gepleegd in een periode van twee jaar, waarbij meerdere gewonden en doden vielen. Echter, toch oordeelde de Commissie dat '[it] does not find, on the evidence before it, that either factor is beyond the control of the public authorities using normal measures, or that they are on a scale threatening the organised life of the country'.⁹² Vergelijkt men dit met de zaak *A. e.a. t. VK* (2009), waar er door de Britse overheid reeds een beroep op het noodrecht werd gedaan voordat er een bomaanslag had plaatsgehad, dan valt op dat ook op dit punt een versoepeling heeft plaatsgevonden. Het Hof accepteert in deze zaak een bedreiging van het voortbestaan van het hele land met een verwijzing naar de opinie van Lord Hofmann die hier in de nationale rechtsgang vraagtekens bij had geplaatst door op te merken dat '[t]errorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community'.⁹³ Het Hof stelt echter: 'However, the Court has in previous cases been prepared to take into account a much broader range of factors in determining the nature and degree of the actual or imminent threat to the "nation" and has in the past concluded that emergency situations have existed even though the institutions of the State did not appear to be imperilled to the extent envisaged by Lord Hoffman'.⁹⁴ Alhoewel buiten kijf staat dat een terroristische aanslag een grote impact kan hebben op een stad en zelfs een land in het geheel, kan worden betwist of een dergelijke catastrofe ook het voortbestaan van het land in zijn geheel bedreigt.⁹⁵

Met deze laatste uitspraak verschuift niet alleen de noodsituatie ten aanzien waarvan het noodrecht wordt ingezet, maak ook de rol die het noodrecht speelt in de samenleving. Zo is bij een oorlog het gevaar duidelijk en aanstonds en ook in de jurisprudentie is sinds de zaak voor het Hof *Lawless t. Ierland* (1961) bepaald en later ook herhaaldelijk bevestigd dat het bij een noodtoestand moet gaan om een 'danger exceptionnel et imminent'.⁹⁶ Dit terwijl bij afscheidingsbewegingen die zich van terreuracties bedienen en voornamelijk terreurorganisaties als Al-Qaida het minder evident zal zijn hoe 'imminent' dit gevaar daadwerkelijk is. De essentie van terreur is nu juist de ongrijpbaarheid en onvoorspelbaarheid en niet de dreigendheid of frequentie. Zo heeft Al-Qaida in Europa sinds 11 september slechts twee grote aanslagen in Madrid en London gepleegd. Het is daarom de vraag of het noodrecht wel is bedoeld voor dergelijke dreigingen. Opmerkelijk is daarom de constatering van het Hof in *A. e.a. t. VK* (2009) dat het beroep van de Britse overheid in het kader van een Al-Qaida aanslag in haar recht stond

92 ECRM 05 november 1969, appl.no. 3321/67, 3322/67, 3323/67 en 3344/67 (Denemarken e.a./Griekenland), par. 143.

93 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A. e.a./VK), par. 96.

94 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A. e.a./VK), par. 179.

95 Zie verder: Directorate General of Human Rights, 'Guidelines on human rights and the fight against terrorism', adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers' Deputies. R. Smith, 'The Margin of Appreciation and Human Rights Protection in the 'War on Terror': Have the Rules Changed before the European Court of Human Rights?', *Essex Human Rights Review* 2011, p. 124-153. K. Dorling, 'A Comparative Assessment of Anti-Terrorism Arrest and Detention Powers in the UK and Spain and of their Compliance with the European Convention on Human Rights', *Essex Human Rights Review* 2007, p. 1-17.

96 EHRM 1 juli 1961, appl.no. 332/57 (Lawless/Ierland), par. 28; hier wordt de Franse tekst geciteerd omdat deze authentiek is en de Engelse vertaling te wensen overlaat.

(...) for fearing that such an attack was “imminent”, in that an atrocity might be committed without warning at any time.⁹⁷

Dat werpt tevens een vraag op ten aanzien van het laatste punt, namelijk dat van exceptionaliteit van de nood. Het kenmerk van een terreurdreiging is, zoals het Hof terecht opmerkt, dat deze kan worden gepleegd ‘without warning at any time’. Terreurdreigingen kunnen gedurende een aantal jaar, decennia en wellicht zelfs langer actueel zijn; het noodrecht kan in een dergelijke situatie derhalve gedurende een zeer lange periode van kracht zijn, waarbij het eerder de regel lijkt te worden, dan de uitzondering daarop. Het exceptionaliteitsvereiste, dat onder andere gezien het feit dat de Britse noodtoestand ten aanzien van Noord-Ierland zo’n 30 jaar heeft gegolden en ook de noodtoestand in Turkije een zeer ruime periode omvat reeds van geringe betekenis leek, lijkt door het Hof in *A. e.a. t. VK* (2009) definitief te worden afgeschaft, nu zij stelt dat dit nimmer een vereiste onder het Europese noodrecht is geweest en daaraan derhalve voorbij kan worden gegaan.⁹⁸

6 Conclusie

In 1940 schreef Walter Benjamin, een jood die zelfmoord pleegde terwijl hij op de vlucht was voor het naziregime, in zijn onafgemaakte manuscript *Über den Begriff der Geschichte*: ‘(...) daâ der “Ausnahmezustand”, in dem wir leben, die Regel ist.⁹⁹ Een algemeen kenmerk van totalitaire regimes is inderdaad dat het afkondigen van de noodtoestand niet een reactie op een concreet en reëel gevaar is, maar eerder als normale gang van zaken geldt en dat het noodrecht niet wordt toegepast ten aanzien van buitenlandse mogelijkheden die het land binnenvallen, maar dat het primair wordt ingezet als middel om de eigen bevolking te onderdrukken. Tegen deze achtergrond is in het EVRM, in navolging van het IVBPR, een noodrechtbepaling opgenomen, om zodoende de inzet van het noodrecht door nationale staten aan banden te leggen en aan internationaal toezicht te onderwerpen.¹⁰⁰

Het is daarom opmerkelijk dat zowel de Commissie als het Hof ten aanzien van het noodrecht hun rol steeds meer uitkleeden en de verdragsstaten geen beperkte, maar juist een zeer ruime beoordelingsruimte toekennen. Echter, niet alleen de algemene beoordelingsruimte van staten en de rol van artikel 15 in de bespreking van zaken, ook de specifieke voorwaarden die in het noodrechtartikel staan vermeld zijn geleidelijk aan steeds verder uitgekleed en beperkt. De verplichtingen uit het internationale recht hebben nimmer een doorslaggevende rol gespeeld, het notificatievereiste is verworpen tot een puur technische formaliteit, waarop bij schending geen sanctie staat, op het noodzakelijkheidsvereiste worden zeer ruime uitzonderingen geaccepteerd en niet het hele land, maar ook tumult in een deelregio kan afdoende aanleiding zijn om de noodtoestand uit te roepen, waarbij het niet hoeft te gaan om een actueel dreigend gevaar,

97 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A. e.a./VK), par. 177.

98 EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (A. e.a./VK), par. 178.

99 W. Benjamin, ‘Über den Begriff der Geschichte’, in: W. Benjamin *Gesammelte Schriften*, vol. I.II, herausgegeben von R. Tiedemann en H. Schweppenhäuser, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999, p. 697.

100 Zie voor alternatieven: B. Mangan, ‘Protection of human rights in national emergencies: shortcomings in the European system and a proposal for reform’, *Human Rights Quarterly* 1988, p. 372-394. C. Schreuer, ‘Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The experience of the European Convention on Human Rights’, *The Yale Journal of World Public Order* 1982, p. 113-132.

de inzet van het noodrecht niet uitzonderlijk hoeft te zijn in die zin dat het een beperkte periode dient te betreffen en het noodrecht ook primair ten aanzien van de eigen bevolking en niet uitlandse dreigingen mag worden ingezet. Het blijkt derhalve dat het toezicht van de Commissie en Hof slechts marginaal begrenzings stelt aan het invoeren van het noodrecht door verdragsstaten. Dit lijkt niet alleen contrair aan de oorspronkelijke bedoeling en logica achter de opname van het noodrechtartikel in het EVRM, maar is tevens van belang nu het vervaardigen en afkondigen van noodmaatregelen een opleving heeft gekend naar aanleiding van de terreuraanslagen en -dreiging van Al-Qaida. Juist deze maatregelen kenmerken zich door het feit dat zij reageren op een niet acuut dreigend gevaar, met name gevolgen hebben voor de eigen bevolking en in tijdsduur weinig begrenzing kennen, zodat het gevaar van de uitzondering die de regel wordt niet valt uit te sluiten.¹⁰¹

101 Ook kan worden opgemerkt dat alhoewel er laatstelijk zowel nationaal als internationaal door enkelen verzet is gepleegd tegen het Hof daar zij meenden dat de doctrine van het Verdrag als 'living document' ertoe had geleid dat het Hof successievelijk steeds meer macht en beoordelingsruimte naar zich toe had getrokken en op een onbehoorlijke wijze de beleidsruimte van nationale staten had beperkt, in ieder geval ten aanzien van het noodrechtartikel moet worden gesteld dat deze lijn daar niet valt te bespeuren, maar daar juist een omgekeerde tendens gaande lijkt.