

ANNOTATIE

Hakan Baş t. Turkije (EHRM, nr. 66448/17) – Hoe bijzonder is noodrecht?

R. de Lange

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 03-03-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0303JUD006644817 (EHRC-2020-0110)

1. Ten tijde van het schrijven van deze noot hebben maar liefst 11 verdragsstaten tegelijk een beroep gedaan op art. 15 EVRM dat de mogelijkheid toelaat om te derogeren aan de rechten die in het EVRM zijn neergelegd. Tien van die verdragsstaten – achtereenvolgens Letland, Roemenië, Armenië, Moldavië, Estland, Georgië, Albanië, Noord Macedonië, Servië en San Marino hebben dit gedaan vanwege de coronacrisis. Oekraïne doet al vanaf 2015 een beroep op art. 15 in verband met de burgeroorlog-achtige toestand in dat land. Deze voorbeelden laten zien dat de reikwijdte van art. 15 in ieder geval in de ogen van een aantal verdragsstaten ruim is: ook een virusuitbraak kan leiden tot een situatie waarin het voortbestaan van het land wordt bedreigd. Dat was ook al enigszins inbegrepen in het eerste arrest dat het EHRM ooit wees met betrekking tot de noodsituaties die een beroep op art. 15 zouden kunnen rechtvaardigen. De zaak *Lawless t. Ierland (nr. 3)* gaf het Hof aanleiding om te overwegen dat zich een noodtoestand – ‘threatening the life of the nation’ – voordoet als er sprake is van ‘an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed’.[1]

Deze omschrijving is ruim, in die zin dat niet alleen situaties van gewapend conflict, oorlog, burgeroorlog, revolutie of opstand eronder vallen, maar ook andere bedreigende gebeurtenissen. Zelfs de uitbraak van een onbekend virus kan zodanig ontregelend werken op de moderne samenleving dat het bestaande arsenaal van overheidsbevoegdheden niet toereikend is, terwijl wel van de overheid een reactie wordt verwacht. In zo’n geval is het

prettig om noodrecht bij de hand te hebben, of althans de bevoegdheid om noodrecht tot stand te brengen.

2. Dat ook de gebeurtenissen in Turkije in 2016 onder deze ruime omschrijving vallen is minder evident, of althans minder transparant omdat onduidelijkheid bestaat over de precieze aard van de gebeurtenissen op 15 en 16 juli 2016. Ik zal in deze noot het woord ‘staatsgreep’ en termen als ‘poging tot staatsgreep’ gebruiken zonder aanhalingstekens, om de enkele reden dat ook het EHRM dat op die manier doet. In het midden blijft een oordeel over de feitelijke gebeurtenissen, omdat nog altijd weinig zicht bestaat op de precieze gang van zaken. Lucas Waagmeester, jarenlang correspondent in Turkije voor de Nederlandse publieke omroep, beschrijft in zijn net verschenen boek *Op Drift*[2] de gebeurtenissen van 15 en 16 juli 2016, en stelt vast dat er veel onduidelijkheid bestaat over de feiten en achtergronden.[3] Wel staat vast dat na de gebeurtenissen van medio juli 2016 de Turkse overheid hard heeft gereageerd: grote aantallen mensen zijn ontslagen, strafrechtelijk veroordeeld, en getroffen door allerlei sancties.

3. Het EHRM heeft al in 2018 uitgesproken dat de gebeurtenissen van juli 2016 toereikend waren om een beroep op art. 15 EVRM te rechtvaardigen.[4] Met name in *Mehmet Hasan Altan t. Turkije* van 20 maart 2018[5] erkende het EHRM – ‘the Court is prepared to accept’ – dat de poging tot militaire staatsgreep duidelijk had gemaakt dat er in Turkije een toestand bestond die het voortbestaan van het land bedreigde in de zin van art. 15 EVRM. In verschillende arresten heeft het Hof dit sindsdien in uiteenlopende bewoordingen herhaald en bevestigd.[6] De Turkse *ad hoc* rechter in het EHRM – Ergül – gaf daarbij in die zaak overigens wel een *dissenting opinion* waarin hij het standpunt verdedigde dat de klager zijn nationale rechtsmiddelen had moeten uitputten alvorens een klacht bij het EHRM te leggen. Dat standpunt verdient wel enige relativering in het licht van de beschrijving die de Venice Commission geeft van de obstakels die er zijn met betrekking tot de procedures voor het Turkse Constitutionele Hof.[7] Des te opmerkelijker zou men het kunnen vinden dat het EHRM in het hier besproken arrest wel vertrouwen lijkt te hebben in de oordeelsvorming door het Turkse Constitutionele Hof, en in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Turkse rechtspraak in het algemeen. Naar aanleiding van de eerdere uitspraken in *Mercan*[8] en *Koksal*[9] is daarover al het nodige gezegd.

4. In de zaak *Baş* zijn twee soorten vragen aan de orde: toegespitst op het concrete geval de vraag of voldaan is aan de eisen van art. 5 EVRM (merendeels niet, aldus het Hof), en meer in het algemeen of de kwaliteit van de rechtspleging nog in overeenstemming is met de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter. Baş werkte als rechter en werd met 2846 andere rechters ontslagen na de poging tot staatsgreep van juli 2016, omdat hij ervan werd verdacht tot het Gülen-netwerk te behoren. De Turkse regering wees op de uitzonderlijke

situatie die ook een derogatie krachtens art. 15 EVRM van de maatstaven van het EVRM zou rechtvaardigen. Ook werd hij in voorarrest genomen.

5. De klacht over gebrek aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid is volgens het Hof kennelijk ongegrond en dus niet-ontvankelijk. Dat is een enigszins verrassende conclusie, want allerlei instanties en organisaties hebben aan het Hof materiaal voorgelegd over de zorgelijke toestand in Turkije, en daarbij aandacht gevraagd voor de intimiderende werking ('chilling effect') van arrestaties, gevangenisstraffen, ontslagen en andere sancties op de overblijvende magistraten. Het EHRM stelt daar tegenover dat de juridische waarborgen voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid intact zijn gebleven, en wijst daarom de klacht af. In par. 269 en volgende worden wel stevige zorgen geuit over de Turkse rechtspleging, maar de conclusie in par. 288 is dat er geen schending is geweest van de onafhankelijkheid van de rechters in deze zaak. Sillen en Gerards hebben er in hun noot onder het arrest in de zaak *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*[10] op gewezen dat in die zaak de onpartijdigheid en onafhankelijkheid uitsluitend objectief werd getoetst, terwijl in de onderhavige zaak toch ook de subjectieve kant ervan – de houding van de betreffende rechters – in de beoordeling wordt betrokken, zij het enigszins in de zijlijn. Ook in de onderhavige zaak ligt de nadruk op de stelselwaarborgen. De zaak *Ástráðsson* is verwezen naar de Grote Kamer.

6. Heeft het Hof in deze zaak dan helemaal geen standpunt over de kwaliteit van de nationale 'rechtspleging' in Turkije? Dat zou wel moeten, want in par. 39 vermeldt het Hof dat het Constitutionele Hof in deze zaak vasthield aan zijn opvatting dat het tijdens de voorlopige detentie niet nodig was om de verdachte te horen. Een van de beschuldigingen aan het adres van Baş en anderen was dat ze gebruikers waren van het programma ByLock op hun smartphone. De aanklager beschouwde dit als een sterke indicatie dat de verdachte betrokken is bij het Gülen-netwerk. Naast het 'ByLock'-bewijs is er nog slechts één getuige nodig om de rechters te overtuigen dat de verdachte schuldig is, en wordt het onderzoek afgerond.[11] Klager werd veroordeeld tot 7,5 jaar gevangenisstraf, en ging zonder succes in hoger beroep en daarna in cassatieberoep bij het Hof van Cassatie.

7. Dan de meer concrete vragen in deze casus. Is er sprake geweest van een redelijke verdenking, zoals vereist door art. 5, eerste lid onder c EVRM? In de art. 18-zaken tegen Azerbeidzjan is dat een aantal keren niet het geval geweest, hetgeen het EHRM aanleiding gaf om naast schending van art. 5 ook schending van art. 18 EVRM te constateren. Art. 18 EVRM was in de Turkse zaken tot nu toe alleen aan de orde in de zaak *Demirtaş*[12] en de zaak *Kavala*.[13] Voor de beoordeling van de redelijkheid van de verdenking verwijst het Hof naar twee zaken tegen het Verenigd Koninkrijk, en de uitspraak in *Mehmet Hasan Altan*, par. 125. Zoals vastgesteld in *Fox, Campbell & Hartley t. Verenigd Koninkrijk*[14] – een zaak rond de gewapende strijd van de IRA in Noord-Ierland – en in *Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*,[15]

moet het Hof in staat worden gesteld zich ervan te vergewissen of de ‘essentie’ van de waarborgen die art. 5, eerste lid onder c EVRM biedt is gerealiseerd. Het ligt op de weg van de verwerende overheid om dat aannemelijk te maken door minimaal een aantal feiten op dit punt aan te voeren. De redelijkheid van de verdenking mag niet afhankelijk zijn van de subjectieve inschatting van bijvoorbeeld de politie, maar moet ook voor een objectieve waarnemer overtuigend zijn. Het EHRM verwijst in par. 170 van zijn uitspraak in *Baş* naar dat criterium. In *Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan* heeft het bovendien al uitgemaakt dat die redelijkheid van de verdenking in stand moet blijven tijdens de hele periode van detentie.

8. In par. 182 van de uitspraak in *Baş* geeft het EHRM aan dat ‘the very specific context of the present case’ aanleiding is voor intensieve toetsing (‘a high level of scrutiny’) ten aanzien van de feiten. Naar analogie van *Fox, Campbell and Hartley* kijkt het Hof dus niet alleen in zijn algemeenheid naar de vraag of alle overheidsmaatregelen ‘strictly required’ waren, maar voert het ook ten aanzien van de verschillende verdragsartikelen een toetsing uit die is aangepast aan de omstandigheden in het betreffende land en in de specifieke zaak. Juist in terrorismezaken moet er dan aanleiding zijn om het oprekken van strafrechtelijke en strafvorderlijke criteria met enige argwaan te bezien. Het oprekken van de ‘redelijkheid’ van de verdenking in die mate dat de kern van de waarborg van art. 5, eerste lid onder c van het EVRM wordt aangetast, is niet te rechtvaardigen (par. 184).[16] Meer in het bijzonder omdat bij de initiële verdenking tegen de klager nog geen sprake was van het ‘ByLock’-bewijs – dat werd pas maanden later aangevoerd –, kan de voorlopige hechtenis niet worden beschouwd als berustend op een redelijke, enigszins objectiveerbare, verdenking. In de dossiers die voor 15 juli 2016 al waren aangelegd inzake personen die verdacht werden van banden met de Gülen-beweging, kwam de naam van *Baş* niet voor.[17] Ondanks het feit dat het EHRM in algemene zin wel geloof hecht aan de stelling dat de bijzondere maatregelen nodig waren in verband met een poging tot staatsgreep zien we in dit arrest dat de stappen die de Turkse overheid zette met betrekking tot klager *Baş* door het Hof kritisch worden bekeken. De belangrijkste bevinding is daarbij dat er geen feiten of bijzondere inlichtingen zijn aangevoerd die kunnen dienen als onderbouwing voor de beschuldigingen die in eerste instantie tegen hem waren ingediend.[18]

9. Ten aanzien van de beoordeling onder art. 5 EVRM en de beoordeling in het kader van art. 15 EVRM is de opbouw van het oordeel in deze zaak zo dat eerst wordt geoordeeld op basis van het normatieve kader van art. 5, en vervolgens wordt nagegaan of het feit dat er een derogatie onder art. 15 heeft plaatsgevonden wijziging moet brengen in het oordeel onder art. 5 EVRM.

Het merkwaardige en interessante aan de toepassing van art. 15 door het EHRM – in de vaste rechtspraak in ieder geval sedert *Ierland t. Verenigd Koninkrijk* en *Brogan*[19] – is daarbij dat

aan de ene kant een ruime *margin of appreciation* wordt gegund, terwijl tegelijkertijd het Hof wel beoordeelt of de maatregelen ‘strikt vereist’ zijn. Dat is ook in deze zaak het geval (par. 196). Wel is de bijzondere omstandigheid dat de detentie van Baş niet gebaseerd is op noodrecht, maar op de toepassing van het gewone strafrecht ten tijde van een noodtoestand.

Desalniettemin knoopt het Hof de beoordelingscriteria onder art. 5 eerste lid onder c en onder art. 15 EVRM aan elkaar in par. 200: ‘That being so, the suspicion against him at that time did not reach the required minimum level of reasonableness. In such circumstances, the measure in issue cannot be said to have been strictly required by the exigencies of the situation.’ Dit is een opmerkelijke passage omdat de onderhavige beperking van de persoonlijke vrijheid niet werd gerechtvaardigd met een verwijzing naar de derogatie onder art. 15 EVRM. Zie ik het goed, dan betekent dit een en ander dat de beoordeling van de redelijkheid van een verdenking rekening dient te houden met de context, waarbij de ernst van de situatie in het betreffende land een factor is die meeweegt. Dit zou – wanneer er geen dwingend verband is tussen de concrete beperking en de derogatie – ook het geval kunnen zijn als er sprake is van een noodsituatie *zonder* dat een derogatie onder art. 15 EVRM is aangemeld.

10. Er is nog steeds veel te zeggen voor de opvatting van S.K. Martens, die rechter was voor Nederland toen het EHRM in 1993 oordeelde in de zaak *Brannigan and McBride*.^[20] In zijn *concurring* – maar in feite deels *dissenting – opinion* in die zaak gaf hij aan dat het helemaal niet voor de hand ligt om aan de verdragsstaten een ruime beoordelings- en keuzemarge te laten met betrekking tot de afkondiging van een noodtoestand resp. het kennisgeven van een derogatie onder art. 15 EVRM. Hij voerde daarvoor onder andere het interessante argument aan dat de ‘present-day conditions’ sterk veranderd waren ten opzichte van 1978, toen het EHRM oordeelde over de statenklacht van Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk. Naar Martens’ oordeel kon er inmiddels niet langer vanzelfsprekend van worden uitgegaan dat de verdragsstaten rechtsstatelijk-democratisch zijn ingericht, en individuele vrijheid als een centrale waarde beschouwen. Dit verlies aan vanzelfsprekendheid is het gevolg van de toetreding van nieuwe verdragsstaten uit Centraal en Oost-Europa, aldus Martens.

11. Een laatste opmerking betreft de glijdendeschaalbenadering die het EHRM laat zien in zijn analyse van de rechtspraak van het Turkse Constitutionele Hof en de Turkse noodwetten.^[21] Als de noodtoestand minder klemmend wordt, moeten ook de maatregelen worden aangepast en verzacht. ‘The interpretation of Article 15 of the Convention must leave a place for progressive adaptations.’^[22] Terug naar een ‘nieuw normaal’.

Roel de Lange

Hoogleraar Staatsrecht en vergelijkend staatsrecht

Erasmus Universiteit Rotterdam

[1] *Lawless t. Ierland (nr. 3)*, EHRM 1 juli 1961, nr. 332/57,
ECLI:CE:ECHR:1961:0701JUD000033257, par. 28.

[2] Lucas Waagmeester, *Op Drift*, Amsterdam: Arbeiderspers 2020.

[3] Waagmeester 2020, p. 209-212.

[4] *Şahin Alpay t. Turkije*, EHRM 20 maart 2018, nr. 16538/17,
ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD001653817, en *Alparslan Altan t. Turkije*, EHRM 16 april 2019, nr.
12778/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD001277817, «EHRC» 2019/134 m.nt. Verrijdt.

[5] *Mehmet Hasan Altan t. Turkije*, EHRM 20 maart 2018, nr. 13237/17,
ECLI:CE:ECHR:2018:0320JUD001323717, «EHRC» 2018/131 m.nt. Van der Sloot.

[6] *Alparslan Altan t. Turkije*, EHRM 16 april 2019, nr. 12778/17,
ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD001277817, «EHRC» 2019/134 m.nt. W. Verrijdt, par. 74 ; *Kavala t.
Turkije*, EHRM 10 december 2019, nr. 28749/18, ECLI:CE:ECHR:2019:1210JUD002874918,
EHRC Updates 2020-52 m.nt. Blom, par. 88.

[7] European Commission for Democracy through Law, Opinion no. 865/2016, p. 42 e.v.

[8] *Mercan t. Turkije*, EHRM 8 november 2016 (ontv.), nr. 56511/16,
ECLI:CE:ECHR:2016:1108DEC005651116, «EHRC» 2017/42.

[9] *Köksal t. Turkije*, EHRM 6 juni 2017 (ontv.), nr. 70478/16,
ECLI:CE:ECHR:2017:0606DEC007047816, «EHRC» 2017/167. Zie Emre Turkut, *The Köksal
Case before the Strasbourg Court: a mere aberration or a pattern of violations?*,
Strasbourgobservers.com d.d. 2 augustus 2017.

[10] *Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*, EHRM 12 maart 2019, nr. 26374/18,
ECLI:CE:ECHR:2019:0312JUD002637418, «EHRC» 2019/113 m.nt. Sillen en Gerards.

[11] *Baş*, par. 47.

[12] *Selahattin Demirtaş t. Turkije (nr. 2)*, EHRM 20 november 2018, nr. 14305/17,
ECLI:CE:2018:1120JUD001430517, «EHRC» 2019/36 m.nt. Tan.

[13] *Kavala t. Turkije*, zie noot 6.

[14] *Fox Campbell and Hartley t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 30 augustus 1990, nr. 12244/86 e.a., ECLI:CE:ECHR:1990:0830JUD001224486.

[15] *Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*, EHRM 22 mei 2014, nr. 15172/13, ECLI:CE:ECHR:2014:0522JUD001517213, «EHRC» 2014/174.

[16] *Baş*, par. 184.

[17] *Baş*, par. 188.

[18] *Baş*, par. 191.

[19] *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0118JUD000531071, par. 207, en *Brogan e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 november 1988, nr. 11209/84 e.a., ECLI:CE:ECHR:1988:1129JUD001120984.

[20] *Brannigan and McBride*, EHRM 25 mei 1993, nr. 14553/89 en 14554/89, ECLI:CE:ECHR:1993:0526JUD001455389.

[21] *Baş*, par. 218 e.v.

[22] *Baş*, par. 231.