



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Terrorisme: tussen strafrecht en oorlogsrecht

van der Wilt, H.G.

**Publication date**

2016

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Delikt en Delinkwent

**License**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van der Wilt, H. G. (2016). Terrorisme: tussen strafrecht en oorlogsrecht. *Delikt en Delinkwent*, 46(2), 65-73. [5]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CB5D95&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Terrorisme: tussen strafrecht en oorlogsrecht<sup>2</sup>

DD 2016/5

'Soeverein is hij die beslist over de uitzondering', zo luidt de eerste regel van Carl Schmitt's verhandeling 'Politieke theologie'.<sup>3</sup> Deze Duitse politiek filosoof en staatsrechtsgeleerde beweerde dat de tegenstelling tussen vriend en vijand het onderscheidend kenmerk van 'het politieke' is. De tegenstelling bergt in ieder geval de mogelijkheid van een strijd – desnoods op leven en dood – in zich om het eigen bestaansrecht zeker te stellen. Het is het privilege – maar ook de plicht – van de soevereine staat om vast te stellen wanneer en tegen wie, bij wijze van uitzondering, de strijd moet worden aangebonden.<sup>4</sup>

Schmitt, die na de oorlog werd verguisd omdat hij zich had opgeworpen als ideoloog van het nazibewind, kreeg na '9/11' hernieuwde aandacht. Zijn bespiegelingen over de ultieme strijd tussen vriend en vijand bleken verbazend actueel in het licht van de terroristische aanslagen die culturele, religieuze en politieke tegenstellingen op de spits dreven. Zelfs Habermas die toch niets moest hebben van Schmitt's politieke theorieën, gaf toe dat het terrorisme een spiraal van geweld in gang zet die tot een volledige breuk in de communicatie leidt.<sup>5</sup> De afkondiging van de noodtoestand door president Hollande na de aanslagen in Parijs in november 2015 is het antwoord op de oorlogsverklaring door IS. En ook onze eigen minister-president Rutte stelt onomwonden dat wij in oorlog zijn met IS. Het is wat te gemakkelijk om dergelijke uitlatingen af te doen als holle retoriek. Islamitische Staat plant pardoes het slagveld midden in een vreedzame samenleving, met dien verstande dat men het vooral gemunt heeft op burgers. Niet alleen veroorzaken terroristische aanslagen alom paniek en angst, zij stichten ook verwarring in juridische zin.<sup>6</sup> Hoe moeten wij reageren op terrorisme? Welke modaliteiten van rechtshandhaving staan ons ter beschikking? In een geordende rechtsstaat zijn wij gewend het strafrecht te beschouwen als *ultimum remedium*, omdat het de meest heftige reactie van staat en samenleving op onrecht symboliseert die gestalte krijgt in de toepassing van de meest ingrijpende vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Maar in geval van terrorisme is die boeman-functie van het strafrecht niet langer vanzelfsprekend, omdat het geflankeerd wordt door en concurrentie ondervindt van het oorlogsrecht. In dit rechtsgebied zijn strafrechtelijke noties als individuele schuld en daadwerkelijke schade aan rechtsgoederen niet heilig, kunnen mensen preventief gedetineerd en zelfs gedood worden (*targeted killings*), louter en alleen omdat ze gevaarlijk zijn,

---

1 Hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Citeerwijze: H.G. van der Wilt, 'Terrorisme: tussen strafrecht en oorlogsrecht', DD 2016/5.

3 C. Schmitt, *Political Theology; Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, translated by George Schwab, Cambridge, Massachusetts and London: MIT Press 1985, p. 4.

4 C. Schmitt, *Het begrip politiek*, vertaald door Bert Kerkhof & George Kwaad; met een inleiding van Theo W.A. de Wit, Amsterdam: BJu 2001, p. 78: 'Aan de staat als wezenlijk politieke eenheid komt het *ius belli* toe, dat wil zeggen de reële mogelijkheid om in het voorkomende geval krachtens eigen beslissing de vijand aan te wijzen en hem te bestrijden.' Schmitt kwalificeert de oorlog als het moment der waarheid: 'Men kan zeggen dat hier zoals wel vaker juist de uitzondering een bijzonder beslissende betekenis heeft en de kern der dingen onthult. Want pas in de werkelijke strijd manifesteert zich de uiterste consequentie van de politieke indeling van vriend en vijand.' (p. 69).

5 J. Habermas & J. Derrida, *Filosofie in een tijd van terreur; Gesprekken met Giovanna Borradori*, Kampen: Kapellen 2004, p. 86.

6 Vergelijk hierover A. Cassese, 'Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law', *European Journal of International Law* (2001), Vol. 12, p. 993-1001.

en gelden lichte bewijsregels waar men zich in het strafrecht voor zou schamen.<sup>7</sup> Kortom: het oorlogsrecht is met minder waarborgen omkleed en dit 'rechtstekort' wordt gerechtvaardigd met verwijzing naar de uitzonderlijkheid en urgentie van de situatie.<sup>8</sup>

In dit editorial wil ik onderzoeken welke rol het strafrecht en het internationale humanitaire recht spelen bij de bestrijding van terrorisme. Kunnen zij beiden worden toegepast of is één van de rechtsgebieden duidelijk dominant? En als zij kunnen co-existeren, hoe kan hun toepassingsgebied dan goed onderling worden afgebakend? Ik zal deze vragen trachten te beantwoorden aan de hand van een beknopte vergelijking van beide rechtsgebieden, waarbij achtereenvolgens de aard van terrorisme, de ruimtelijke en temporele werking van het oorlogsrecht en de functies en waarborgen van strafrecht en internationaal humanitair recht aan de orde komen. Aangezien de lezers van dit blad vertrouwd zijn met het (nationale) strafrecht, zal het accent wat meer liggen op de analyse van het internationale humanitaire recht. Ik zal tot de conclusie komen dat, hoewel ik de toepassing van het oorlogsrecht in geval van terrorisme verdedigbaar acht, de staat hiervan een uiterst terughoudend gebruik dient te maken, waarbij de acute bedreiging van de rechtsstaat het richtinggevend criterium moet zijn.

Over het (strafrechtelijke) karakter van terrorisme lopen de meningen uiteen. Volgens sommigen zijn terroristische aanslagen ernstige misdaden.<sup>9</sup> Anderen huldigen de opvatting dat terrorisme toch wel iets meer is dan dat en niet alleen in strafrechtelijke termen kan worden geduid. George Fletcher, bijvoorbeeld, houdt het erop dat 'The better way to think of terrorism (...) is not as a crime but as a *different dimension of crime*, a higher, more dangerous version of crime, a kind of super-crime incorporating some of the characteristics of warfare.'<sup>10</sup> Ook Habermas lijkt die mening te zijn toegedaan, waar hij stelt dat 'als het globale terrorisme geen reëel politiek doel heeft, het kan worden gecategoriseerd als een gewone criminele handeling – als onwettige geweldpleging.'<sup>11</sup> Met andere woorden: juist door haar politieke dimensie overstijgt terrorisme het enkel criminele. Ik ben geneigd het standpunt van laatstgenoemde auteurs te volgen. De essentie van terrorisme is geweldpleging tegenover en het paniek zaaien onder de gewone burgerbevolking. Als wij de terroristen tegenwerpen dat zij 'vals spelen' door het onderscheid tussen burgers en combattanten – één van de hoekstenen van het internationale humanitaire recht – aan hun laars te lappen, zullen zij antwoorden dat zij de spelregels niet erkennen. Zo'n radicale verwerping van

7 Zie voor een heldere uiteenzetting van de verschillen tussen beide rechtsgebieden Y. Shany, 'Human Rights and Humanitarian Law as Competing Legal Paradigms for Fighting Terror', in: O. Ben Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Pas de Deux*, Oxford: OUP 2011, p. 13-33.

8 Het oorlogsrecht omvat zowel het *jus ad bellum* – het recht dat betrekking heeft op de beslissing om met een vijandige identiteit de gewapende strijd aan te binden – als het *jus in bello* dat de gevechtshandelingen tijdens het gewapende conflict normeert. In dit editorial staat laatstgenoemd rechtsgebied centraal dat synoniem is aan het internationale humanitaire recht. Ik zal dan ook de begrippen 'oorlogsrecht' en 'internationaal humanitair recht' door elkaar gebruiken, hoewel dat terminologisch niet helemaal zuiver is.

9 Zie bijvoorbeeld H. Boutellier, *De veiligheidsutopie; Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Bju 2002, p. 12: '(...) terreurdaden zijn, vanuit criminologisch perspectief, eerst en vooral op te vatten als ernstige misdaden', en M. Drumbl, 'Judging the 11 September Terrorist Attack', *24 Human Rights Quarterly* (2002), p. 332: 'In the end, the 11 September attack more closely approximates a criminal attack than an armed attack, and should be treated as such.'

10 G.P. Fletcher, 'The Indefinable Concept of Terrorism', *4 Journal of International Criminal Justice* (2006), p. 900 (cursief in origineel). In gelijke zin B. Saul, 'Defining "Terrorism" to Protect Human Rights', University of Sydney, Sydney Law School, *Legal Studies Research Paper No. 08/ 12*, beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1292059> (laatst geraadpleegd op 22 december 2015), p. 4: 'There is arguably a *moral difference* in convicting a person of "terrorism" rather than murder or hijacking' (cursief in origineel).

11 Habermas & Derrida, noot 5, p. 85.

de fundamente van de internationale rechtsorde (en iedere rechtsstaat) is bij uitstek een politieke daad. Het Libanon Tribunaal heeft in zijn poging een gezaghebbende definitie van terrorisme naar internationaal gewoonterecht te presenteren het politieke oogmerk als element van terrorisme laten varen en is juist op dit punt sterk bekritiseerd.<sup>12</sup> In eerdere publicaties heb ik mij juist kritisch uitgelaten over de introductie van het terroristisch oogmerk in Europese regelgeving en de Wet Terroristische Misdrijven.<sup>13</sup> Het moment is wellicht aanbroken om dit standpunt wat bij te stellen, of althans te kwalificeren. Nog steeds ben ik er stellig van overtuigd dat het terroristisch oogmerk voor de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid en ter bepaling van eventuele strafverzwaring weinig bruikbaar is en zelfs gevaarlijk kan zijn, vooral waar het gaat om het voorspellen van gewelddadige handelingen uit tamelijk onschuldige activiteiten.<sup>14</sup> Wij kunnen immers niet in de hoofden van mensen kijken en het leidt tot een dubieuze subjectivering van het strafrecht. Meestal kan pas achteraf, aan de hand van objectieve feiten en omstandigheden, het terroristisch oogmerk worden vastgesteld.<sup>15</sup> Hoe snel die subjectivering van het strafrecht gemeengoed wordt, blijkt wel uit een argeloze opmerking in een recente rechtspraakbespreking in dit blad, waar de schrijfster tevreden opmerkt dat de aanpak van Syrië-gangers door het strafrecht terecht wordt begrensd door het oogmerk om daadwerkelijk terroristische misdrijven te plegen of voor te bereiden.<sup>16</sup> Dat lijkt me toch de wereld op zijn kop. Wordt normaal gesproken de boosaardige intentie afgeleid uit objectief waarneembare handelingen, nu wordt kennelijk – omgekeerd – het terroristische oogmerk maatgevend voor de duiding van op het eerste gezicht onschuldige activiteiten. Toch moet ik wel toegeven dat het politieke oogmerk *buiten* het strafrecht een belangrijke functie kan hebben. Het kan namelijk ertoe dienen om de grens af te bakenen tussen de toepassing van rechtsregimes. Volgt men Schmitt's gedachtegang over de essentie van het politieke, dan kan de terrorist op één lijn worden gesteld met de vijand. Dit betekent dat hij geen aanspraak meer kan maken op exclusieve toepassing van het strafrecht. Hij is, althans in potentie, (mede) onderworpen aan het oorlogsrecht. Maar deze gelijkstelling tussen terrorist en militaire vijand berust nog uitsluitend op een politiek-filosofische analyse. Of zij ook erkenning vindt in het internationale recht zal nog nader moeten worden onderzocht. Dat brengt mij op het punt van het temporele en ruimtelijke toepassingsbereik van het internationale humanitaire recht.

- 
- 12 Special Tribunal for Lebanon, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, STL-11-01/1, Appeals Chamber, 16 February 2011. Zie voor kritiek B. Saul, 'Legislating from The Hague: The UN Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism', 24 *Leiden Journal of International Law* (2011), p. 3 en M. Gillett & M. Schuster, 'Fast-track Justice; The Special tribunal for Lebanon Defines Terrorism', 9 *Journal of International Criminal Justice* (2011), p. 1008/1009.
- 13 H.G. van der Wilt, 'Het terroristische oogmerk', in: M.M. Dolman (red.) *Terrorisme, Europa en strafrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 55-81 en H.G. van der Wilt 'In search of motive: conceptual hazards in the quest for a proper definition of terrorism', in: G. Molier, A. Ellian & D. Suurland (red.), *Terrorism: ideology, law and policy* (International relations studies, 13), p. 237-251.
- 14 Zie ook S.A.M. Stolwijk, 'Over revolutionairen, terroristen en strafrecht', 33 *Delikt en Delinkwent* (2003), p. 5 die het terroristische oogmerk als grond voor verdubbeling van het strafmaximum diskwalificeert als 'gevaarlijke onzin'.
- 15 Zo ook Fletcher, noot 10, p. 903 die stelt dat '(...) even if there is a subjective purpose to "intimidate the population" and thereby to seek some change in governmental policy, the attack itself establishes the purpose unless there are counter-indications of monetary or purely personal ends'. In zijn bespreking van de toenemende nadruk op de subjectieve aspecten van gedrag merkt hij op dat 'this may be indicative of a general problem in the modern theories of criminal law, all of which de-emphasize the context and objective contours of criminal acts for the sake of the *mens rea* as the essence of criminal behaviour.'
- 16 M. van Noorloos, 'De strafrechtelijke aanpak van terrorisme en Syriëgangers', *DD* 2015/56, p. 595.

Naar haar aard is de toepasselijkheid van het internationale humanitaire recht beperkt, omdat zij gekoppeld is aan het bestaan van een gewapend conflict. Ingevolge Gemeenschapelijk artikel 2 van de Conventies van Genève (1949) is er sprake van een internationaal gewapend conflict als staten militair geweld tegen elkaar gebruiken. Uit de Derde Geneefse Conventie inzake de behandeling van Krijgsgevangenen kan men opmaken dat staten ook gebruik kunnen maken van irreguliere groepen, zoals ‘milities’, ‘vrijwilligers corpsen’ en ‘georganiseerde verzetsbewegingen’.<sup>17</sup> In beginsel zou een buitenlandse mogendheid in een internationaal gewapend conflict met een andere staat verwickeld kunnen zijn door zich te bedienen van terroristen. Maar die zullen, zoals Saul terecht opmerkt, doorgaans niet kunnen worden aangemerkt als ‘wettige strijders’ (*lawful combatants*), omdat zij niet aan de vier cumulatieve voorwaarden voldoen: vooral de vierde voorwaarde – dat militaire operaties in overeenstemming met de wetten en gebruiken van de oorlog gevoerd worden – lijkt in geval van terroristische acties bij voorbaat illusoir.<sup>18</sup> In de befaamde *Tadić*-zaak heeft het Joegoslavië Tribunaal de contouren van een niet-internationaal gewapend conflict geschetst. Volgens het Tribunaal moet het daarbij gaan om een ‘resort to armed forces between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.’<sup>19</sup> In latere uitspraken heeft het Tribunaal kans gezien de vereisten inzake organisatiegraad en intensiteit van het conflict nog nader te concretiseren en te verfijnen.<sup>20</sup> Wat betreft het ruimtelijke en temporele bereik van het internationale humanitaire recht in relatie tot het gewapend conflict is de rechtspraak vrij coulant. Zo is de toepassing van het internationale humanitaire recht niet afhankelijk van het daadwerkelijk plaatsvinden van vijandelijkheden. Het oorlogsrecht normeert handelingen en relaties die verband houden met het conflict, zodra het bestaan van een gewapend conflict in een breder geografisch gebied is vastgesteld.<sup>21</sup> En wat betreft het temporele aspect was de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens bereid om de geldigheid van het internationale humanitaire recht aan te nemen met betrekking tot een kortstondige opstand in de La Tablada kazerne.<sup>22</sup> Op het eerste gezicht lijkt de toepassing van het internationale humanitaire recht op *incidentele* terroristische aanslagen vooral af te stuiten op de eis van bestendigheid (*protractedness*) van het conflict. Het Joegoslavië Tribunaal lijkt dat standpunt ook expliciet te bevestigen, waar de Beroepskamer in de *Tadić*-zaak stelt dat

“In an armed conflict of an internal or mixed character, these closely related criteria [gedoeld wordt op de intensiteit van het conflict en de organisatiegraad van gewapende groepen] are used

17 Conventie inzake de Behandeling van Krijgsgevangenen, Genève, 12 augustus 1949, United Nations Treaties Series, vol. 75, 135.

18 B. Saul, ‘Terrorism and International Humanitarian Law’, in: B. Saul (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014, hoofdstuk 13. De overige voorwaarden waaraan ‘irreguliere groepen’ moeten voldoen zijn: ‘a) That of being commanded by a person responsible for his subordinates; b) That of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance; c) That of carrying arms openly.’

19 *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 72.

20 *Prosecutor v. Limaj et al.* Judgment, Trial Chamber II, Case No. IT-03-66-T, 30 November 2005, para. 46, 125, 146, 150 en 166; *Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski*, Judgment, Trial Chamber II, Case No. IT-04-82-T, 10 July 2008, para. 177.

21 Vergelijk het Joegoslavië Tribunaal in *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Judgment Trial Chamber, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 27: ‘(...) in order for norms of international humanitarian law to apply in relation to a particular location, there need not be actual combat activities in that location. All that is required is a showing that a state of armed conflict existed in the larger territory of which a given locality forms part.’

22 Inter-American Commission of Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Case 11.137, 18 November 1997, Report No. 55/97, para. 155/156.

solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law.”<sup>23</sup>

Maar dat het hier inderdaad om een schifting van incidenten gaat en het zeker niet de bedoeling is om terroristische aanslagen categorisch van het toepassingsbereik van het internationale humanitaire recht uit te sluiten blijkt wel uit de *Boškoski*-zaak. Hier overwoog de Beroepskamer dat ‘while isolated acts of terrorism may not reach the threshold of armed conflict, when there is protracted violence of this type, especially where they require the engagement of the armed forces in hostilities, such acts are relevant to assessing the level of intensity with regard to the existence of an armed conflict.’<sup>24</sup> In *Hamdan v. Rumsfeld* kwam het Amerikaanse Hooggerechtshof tot de slotsom dat de Verenigde Staten en Al Qaeda op het grondgebied van Afghanistan verwickeld waren in een intern gewapend conflict.<sup>25</sup> Dat lijkt een wat gewrongen constructie maar het Hooggerechtshof redeneerde dat, nu een internationaal gewapend conflict niet aan de orde was – Al Qaeda is immers geen staat –, er noodzakelijkerwijze sprake moest zijn van een intern gewapend conflict, om te vermijden dat er een lacune zou ontstaan in het internationale humanitaire recht. Gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies dat wel wordt gekwalificeerd als een mini codificatie van het internationale humanitaire recht voor interne conflicten, fungeerde in de opvatting van het Hooggerechtshof dus als normatief vangnet. Overigens ging de Amerikaanse rechter voorbij aan de *Tadić*-criteria inzake intensiteit en organisatiegraad. Op grond van bovengenoemde rechtspraak kunnen we denk ik voorzichtig concluderen dat de gebeurtenissen van november 2015 in Parijs, waarbij gelijktijdig verschillende aanslagen werden gepleegd en legereenheden werden gemobiliseerd, zowel in Frankrijk als in België, onder het bereik van het oorlogsrecht zouden kunnen vallen.<sup>26</sup>

Het streven om terroristische activiteiten binnen het toepassingsgebied van het oorlogsrecht te brengen komt voort uit de zorg dat het strafrecht voor de bestrijding van terrorisme niet toereikend is.<sup>27</sup> Dat roept de vraag op welke consequenties een verschuiving van het strafrecht naar het oorlogsrecht heeft, zowel op het gebied van efficiëntie als qua rechtsbescherming en dat brengt mij op het derde thema: een korte beschouwing over aard en functie van strafrecht en oorlogsrecht in vergelijkend perspectief. In het strafrecht gaat het om de beoordeling van de individuele betrokkenheid bij enig strafbaar feit dat wettig en overtuigend bewezen moet worden. Nu zijn er, vooral met betrekking tot terrorisme, wel centrifugale tendensen werkzaam, waarbij er enige afstand wordt genomen van het concrete delict en de specifieke delinquent – men denke aan uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de voorfase van het strafbare feit, lidmaatschap van criminele/terroristische organisatie, zelfstandige strafbaarstelling van faciliterende en begunstigingshan-

23 *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, Trial Chamber 7 May 1997, para. 562 (cursivering HvdW).

24 *Prosecutor v. Boškoski* (voetnoot 20), para. 190.

25 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006).

26 In vergelijkbare, maar meer algemene zin Shany, voetnoot 7, p. 28/29: ‘The key doctrinal question that has emerged in recent years has not been whether the laws of war apply at all to the fight against terror; but rather, which sub-set of international humanitarian law rules apply (i.e. whether one should invoke IHL rules governing international or non-international armed conflicts.’

27 Vergelijk K. Roach, ‘The criminal law and terrorism’, in: V.V. Ramraj, M. Hor and K. Roach (eds.), *Global Anti-Terrorism, Law and Policy*, Cambridge: CUP 2005, p. 140: ‘These demanding standards (of criminal law, toevoeging HvdW) create another risk, namely that states will find the crime model, despite its political and moral appeal, to be too weak for fighting a war against terrorism’.

delingen.<sup>28</sup> Maar over het algemeen is het strafrecht toch daad- en dadergericht. Het strafproces is met tal van waarborgen omkleed, vanuit het besef dat bestraffing verstrekkende gevolgen heeft voor de veroordeelde, in de wetenschap van de menselijke feilbaarheid en gevoed door een gezonde argwaan tegen ongebreidelde machtsuitoefening. In het oorlogsrecht liggen de accenten heel anders. Het strekt tot normering van een uiterst riskante onderneming waarbij het de bedoeling is de vijand op de knieën te krijgen. Hoewel het internationale humanitaire recht scherpe, concrete normen kent, zoals het verbod van foltering of het verbod van weigering van kwartierverlening, wordt het vooral beheerst door algemene beginselen, zoals humaniteit, proportionaliteit en subsidiariteit, militaire noodzaak en de verplichting om onderscheid te maken tussen combattanten en non-combattanten. Daarbij gaat het vaak om een weging van conflicterende waarden en belangen. Zo wordt de vraag of 'bijkomstige verliezen onder de burgerbevolking' (*collateral damage*) aanvaardbaar zijn dan wel een schending van het internationale humanitaire recht of zelfs een oorlogsmisdrijf opleveren beoordeeld aan de hand van een balans tussen de plicht om burgers te beschermen tegen oorlogsgeweld en het te verwachten concrete militaire voordeel van een operatie.<sup>29</sup> Dat biedt ruimte voor interpretatie en enige beleidsvrijheid. Veel minder dan in het strafrecht staat in het oorlogsrecht de individuele (mis)daad centraal; het gaat juist om de dreiging die uitgaat van het collectief. Detentie is vaak ingegeven door veiligheidsoverwegingen en dient ertoe om toekomstig gevaar te bezweren. De analogie met preventie van terroristische aanslagen ligt hier voor de hand. De dubbele accentverschuiving ten opzichte van het strafrecht – van individuele naar collectieve aansprakelijkheid en van repressie naar preventie – heeft vanzelfsprekend gevolgen voor de rechtsbescherming. Een belangrijke waarborg als de presumpctie van onschuld, bijvoorbeeld, heeft uitsluitend betekenis als een concrete daad potentieel kan worden toegerekend aan een individuele persoon en wordt inhoudsloos, zodra het enige verwijt dat men iemand kan maken is dat hij tot het vijandelijk kamp behoort.<sup>30</sup> Daar komt nog iets bij. In een vreedzame en goed gereguleerde samenleving is er doorgaans voldoende tijd en gelegenheid om bewijs te verzamelen en het verleden zorgvuldig te reconstrueren. Maar in een gewapend conflict kan men zich die luxe vaak niet permitteren. Chaotische situaties, waarin belangrijke beslissingen subiet moeten worden genomen bemoeilijken de bewijsgaring en verduisteren een heldere blik op de omstandigheden. Zodra het stof is neergedaald en de *fog of war* is opgetrokken kan een rechter in beginsel een feitelijk en juridisch oordeel vellen, maar zal hij moeite hebben zich in te leven in de verwarrende situatie.<sup>31</sup> De problemen bij de feitelijke oordeelsvorming worden deels gecompenseerd door het feit dat juridische kwalificaties in het internationale humanitaire recht doorgaans eenvoudiger van aard zijn dan in het strafrecht. In geval van collectieve aansprakelijkheid – 'Is hij een vijand en levert hij daarom een dodelijk gevaar voor mij op?' – wordt immers per definitie geabstraheerd van de complexiteiten van het individuele geval. In onderlinge samenhang leiden deze factoren – problematische waarheidsvinding,

28 Zie de lezenswaardige rechtspraakoverzichten en –analyses in dit blad van K. Veegens, 'Het 10-jarig bestaan van de Wet Terroristische Misdrijven. Stand van zaken in de jurisprudentie', *DD* 2014/25 en M. Noorloos, voetnoot 15.

29 Zie het Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus betreffende de bescherming van de slachtoffers van internationale gewapende conflicten ('Aanvullend Protocol I'), Bern 8 juni 1977, *Trb.* 1987, 103 en artikel 8 lid 2 sub b onder iv Statuut van Rome.

30 Zie over de onschuldpresumpctie in relatie tot terrorisme de mooie oratie van E. van Sliedregt, *Tien tegen één; Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumpctie*, Den Haag: Bju 2009.

31 Zie ook Shany, voetnoot 7, p. 29: 'IHL governs situations of massive violence employed by collectives, often under conditions of considerable uncertainty (i.e. "the fog of war") and resource constraints. In such a factual environment, it is difficult, if not impossible, to engage in the same rigorous right-based analysis that human rights law requires at times of peace.'

behoefte aan (militaire) expertise, een zekere mate van beleidsvrijheid bij de afweging van algemene beginselen en belangen – ook tot verschuivingen in de besluitvorming, van rechter naar uitvoerende macht, en ook dat heeft weer repercussies voor de rechtsbescherming.

De vergelijking tussen strafrecht en oorlogsrecht werpt de belangrijke vraag op of laatstgenoemde wel de passende vorm van rechtshandhaving is om terrorisme te bestrijden. Terroristische aanslagen, zoals wij die in Europa en de Verenigde Staten hebben meege maakt, vinden immers plaats in een geordende rechtsstaat die in beginsel over voldoende bevoegdheden beschikt om dergelijke calamiteiten het hoofd te bieden. Is het oorlogsrecht niet een te grof instrument dat, losgekoppeld van de context waarin het behoort te functioneren, meer kwaad dan goed aanricht? Het is interessant dat Shany zich, in spiegelbeeld, afvraagt of het paradigma van de rechten van de mens in geval van ‘counter-terrorism’ niet juist te veel een knellend keurslijf vormt:

“(...) an attempt to alter the basic attributes of the “armed conflict” paradigm through the application of human rights law may result in problematic normative over-reaching. In other words, such an attempt may lead to a law-application *divorced* from the actual conditions and needs of warfare is likely to attract limited support from important constituencies.”<sup>32</sup>

Beide vraagstellingen komen vanzelfsprekend voort uit de overtuiging dat rechtsregimes corresponderen met en geworteld zijn in een bepaalde sociaal/politieke en maatschappelijke context. Juist het feit dat terrorisme zich ophoudt in het grensgebied van vrede en oorlog, van orde en chaos, maakt de keuze voor de ‘juiste’ rechtshandavingsmodaliteit zo ingewikkeld. Uiteindelijk gaat het om een afweging van alternatieven, in het licht van aard en doelstellingen van het desbetreffende rechtsregime. Voordat ik tot een conclusie kom, veroorloof ik mij nog een drietal kanttekeningen.<sup>33</sup>

In de eerste plaats ben ik van mening dat we bij de bestrijding van terrorisme niet kunnen volstaan met inzet van het strafrecht.<sup>34</sup> Gelet op het reactieve karakter van het strafrecht, is het ongeschikt om acuut gevaar dat afkomstig is van ongrijpbare collectieven te bezweven. Wanneer het oriëntatiepunt van de individuele daad wordt losgelaten, leidt dat tot een fataal tekort aan rechtsbescherming en daarmee tot ontarding van het strafrecht. En dan heb ik het nog niet eens over het vaak genoemde argument dat afschrikking bij overtuigingsdaders niet eens effectief is. Ten slotte kan nog worden aangevoerd dat een uitbreiding van strafrechtelijke bevoegdheden en aansprakelijkheid ter preventie van toekomstig kwaad meestal niet beperkt blijft tot één delictscategorie, zoals terrorisme. Ten gevolge van de organische eenheid van het strafrecht en de samenhang tussen materieel

---

32 Shany, voetnoot 7, p. 31 (cursivering HvdW).

33 Ik beperk mij tot een bespreking van het strafrechtelijke en oorlogsrechtelijke paradigma en ga niet verder in op de interessante bespiegelingen van John Braithwaite die, voortbouwend op zijn theorieën over *restorative justice*, meer heil verwacht van onderhandelingen met terroristen, met het oog op de inperking van onrecht en het uitbouwen van democratische en rechtvaardige instituties. J. Braithwaite, *Thinking Critically About the War Model and the Criminal Justice Model for Combatting Terrorism*, beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=330500> (laatst geraadpleegd op 6 januari 2016).

34 Positiever over de (exclusieve) rol van het strafrecht bij de bestrijding van terrorisme zijn K. Roach (voetnoot 27) en Y. Buruma, ‘Terrorisme en de weerbare rechtsstaat’, 31 *Delikt en Delinkwent* (2001), p. 1030, maar laatstgenoemde zet de inzet van het strafrecht af tegen militaire actie in de zin van het *jus ad bellum*.



strafrecht en strafvordering zijn dergelijke maatregelen hoogst besmettelijk en infecteren zij het gehele strafrecht.<sup>35</sup>

Mijn tweede kanttekening is dat met het oog op het voorkomen van nieuwe aanvallen van terroristen, onmiddellijk dreigend na een eerdere aanslag, wij moeten terugvallen op het oorlogsrecht. Het *jus in bello* verschaft meer bevoegdheden op het gebied van huiszoeking, inbeslagneming en arrestatie, voorziet in preventieve hechtenis uit veiligheidsoverwegingen en staat ook, in uitzonderlijke gevallen, het doden (*targeted killings*) van hen die rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden toe. Die inzet van het oorlogsrecht leidt tot een beperking van rechtsbescherming maar dat is de prijs die betaald moet worden. Daarbij moeten we de nadelen niet overdrijven. Per slot van rekening hebben de terroristen de werking van het oorlogsrecht over zichzelf afgeroepen. Zoals eerder gesteld schuilt het verraderlijke van het terrorisme juist in de onverhoedse aanval op een vreedzame samenleving. Bovendien biedt het oorlogsrecht een aantal belangrijke minimum waarborgen. In hoeverre terroristen daarvan kunnen profiteren hangt vooral af van de status die men hen toekent. Het internationale humanitaire recht (voor internationale gewapende conflicten) gaat uit van een binaire indeling: men is combattant of non-combattant (beschermd burger/ krijgsgevangene etc.); *tertium non datur*. Aangezien terroristen, om eerder genoemde redenen, geen aanspraak kunnen maken op de status van *lawful combatant*, moeten zij als ‘burger’ worden aangemerkt en daarom genieten zij enige bescherming op grond van het Geneefse recht.<sup>36</sup> Het oorlogsrecht in niet-internationale gewapende conflicten kent formeel geen combattanten. Dat betekent nog niet dat iedereen aanspraak kan maken op de bescherming die Gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies biedt. Die bescherming strekt zich alleen uit over hen die niet actief deelnemen aan de vijandelijkheden. Een IS-sympathisant die van plan is een terroristische aanslag te plegen, maar nog niet daadwerkelijk tot geweld is overgegaan zal om veiligheidsredenen morgen worden geïnterneerd, maar zal op grond van Gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies niet mogen worden blootgesteld aan onmenselijke of vernederende behandeling en zal alleen mogen worden veroordeeld door een reguliere rechtbank die alle gerechtelijke waarborgen verschaft die erkend zijn als onontbeerlijk door beschaafde volkeren. Verder is hij beschermd tegen *targeted killings* zolang hij tenminste niet rechtstreeks deelneemt aan gewelddadigheden.<sup>37</sup>

Ten slotte – en dat is mijn derde kanttekening – moet men zich goed realiseren wat het alternatief is voor de zojuist ontvouwde gecombineerde toepassing van rechtsgebieden. De regering Bush heeft met de introductie van het begrip ‘illegale strijder’ (*unlawful combatant*) een schimmig gebied van virtuele rechteloosheid gecreëerd. *Unlawful combatants* konden,

35 Aan Roach, (voetnoot 27, p. 139) ontleen ik het voorbeeld van de inzet van bevoegdheden op grond van de Amerikaanse *Patriot Act* tegen verdachten van kinderpornografie.

36 Ten onrechte beweert Saul, voetnoot 18, p. 12, overigens dat zij automatisch kunnen profiteren van de garanties die de Vierde Conventie van Genève biedt op het punt van de regulering van veiligheidsdetentie. De Vierde Conventie van Genève inzake de Bescherming van Burgers ten tijde van Oorlog is immers alleen van toepassing op burgers in bezet gebied of op burgers die zich anderszins bevinden in de handen van een mogendheid, waarvan ze de nationaliteit niet bezitten.

37 Aanvullend Protocol I, voetnoot 29, artikel 53 lid 1. Het Eerste Aanvullende Protocol heeft uitsluitend betrekking op internationale gewapende conflicten, maar de regel heeft de status van internationaal gewoonterecht en geldt ook in niet-internationale gewapende conflicten. Over de vraag wat ‘directe participatie in vijandelijkheden’ precies inhoudt bestaan zoals te verwachten is de nodige controverses. Zie over ‘targeted killings’ in het algemeen N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford: OUP 2008 en met betrekking tot terroristen in het bijzonder: D. Kretzmer, ‘Target Killings of Suspected Terrorists’, 16 *European Journal of International Law* (2005), 171.

zonder vorm van proces en onderworpen aan vernederende behandeling, langdurig worden gedetineerd. Ik hoef hier alleen maar de beladen term *Guantanamo Bay* te laten vallen. Toen dat politiek niet langer te verkopen was, werden van terrorisme verdachte personen, vaak met medeweten en hulp van Europese landen, ontvoerd en met door CIA-personeel bemande vliegtuigen naar onherbergzame oorden afgevoerd, alwaar ze wederom langdurig werden gedetineerd, zonder enige toegang tot de rechter te krijgen.<sup>38</sup> In toenemende mate maken staten bij de bestrijding van terroristen ook gebruik van immigratiewetten die veel minder waarborgen bieden dan het strafrecht. In veel staten is bijvoorbeeld het enkele lidmaatschap van een terroristische organisatie geen strafbaar feit, maar is het wel een reden om iemand te deporteren of de toegang tot het grondgebied van die staat te ontzeggen. Een groeiende groep mensen wordt zodoende op dubieuze (racistische of anderszins discriminatoire) gronden in hun rechtspositie aangetast en dat wordt er met de presidentskandidatuur van clowneske ondernemers waarschijnlijk niet beter op.

Ik kom tot een afronding. Het hierboven ontvouwde systeem van complementaire rechtsgebieden als reactie op terroristische aanslagen creëert een sluitend systeem van rechtshandhaving dat weliswaar verschillende niveaus van, maar geen hiaten in de rechtsbescherming kent. Het correspondeert ook aardig met de moderne opvatting dat in gewapende conflicten naast het internationale humanitaire recht, mensenrechtelijke normen van kracht blijven.<sup>39</sup> Beide rechtsgebieden vullen elkaar aan – het strafrecht wordt ingezet voor de berechting van terroristen die daadwerkelijk aanslagen hebben gepleegd of daarbij behulpzaam zijn geweest, het oorlogsrecht strekt vooral tot preventie van nieuw onheil – maar ze kunnen elkaar ook wederzijds bevruchten. Zo kunnen militairen en veiligheidsdiensten bij de voorkoming van nieuwe aanslagen, zich laten inspireren door het strafrecht, door potentiële terreurplegers zo zorgvuldig mogelijk te selecteren.

Met dit al biedt het ook niet meer dan een vrij globaal normatief kader. Terrorismebestrijding blijft een hachelijke onderneming, waarbij men voortdurend moet balanceren tussen al te grote omzichtigheid en het hanteren van de botte bijl. Zelfgenoegzaamheid is nimmer op zijn plaats. Voor sommige problemen biedt het systeem zelfs geen enkele bevredigende oplossing. Zo is bijvoorbeeld, zoals eerder aangegeven, de toepasselijkheid van het *jus in bello* afhankelijk van het bestaan van een gewapend conflict. Het betekent dat men er zelfs bij de meest ernstige terreurdreiging niets aan heeft. De juiste identificatie van potentiële terroristen vormt waarschijnlijk de grootste uitdaging. Hoe moet men bijvoorbeeld reageren op *copy cats* of verwarde jongelingen die wel aankondigen dat ze aanslagen gaan plegen, maar dit in werkelijkheid helemaal niet van plan zijn? Juist omdat bij de toepassing van het oorlogsrecht de consequenties heel ingrijpend kunnen zijn, is hier grote prudentie geboden. Terrorismebestrijding blijft een uiterst precaire uitzonderingssituatie. De soeverein van Schmitt heeft heel veel macht, maar moet juist daarom ook over heel veel wijsheid beschikken.

---

38 De beruchte 'extraordinary renditions'; zie onder meer de zaak EL-Masri van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13 december 2012, nr. 39630/09, 14 *European Human Rights Cases* 14 mei 2013, No. 92, met noot H. van der Wilt.

39 Zie hierover bijvoorbeeld K. Watkin, 'Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights in Contemporary Armed Conflict', 98 *American Journal of International Law* (2004), p. 1. In de Kesbir-zaak (HR 7 mei 2004, NJ 2007/276, met noot A.H. Klip) stelde de Hoge Raad dat leden van een gewapende verzetsgroep onderworpen bleven aan het nationale recht.