



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Terrorisme, torture en de tikkende bom: hoe absoluut is het folterverbod?

Berlo, P. van; Samadi, M.

Citation

Berlo, P. van, & Samadi, M. (2016). Terrorisme, torture en de tikkende bom: hoe absoluut is het folterverbod? *Jason : Magazine Over Internationale Zaken*, 2016(1), 24-29. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/42916>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/42916>

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

Terrorisme, Torture en de Tikkende Bom: hoe absoluut is het folterverbod?

Patrick van Berlo LL.M MSc & mr. Mojan Samadi

Introductie

Met de recente aanslagen in Parijs heeft het debat omtrent terreurdreiging – en de daaruit voortvloeiende angst en onzekerheid – een nieuwe impuls gekregen. De discussie focust zich onder meer op de vraag of het houdbaar is dat mensenrechten te allen tijde worden gewaarborgd met het oog op de publieke veiligheid. Moet bijvoorbeeld het absolute mensenrechtelijke folterverbod zonder meer gehandhaafd worden, ook wanneer folterhandelingen kunnen leiden tot het verkrijgen van informatie om aanslagen – zoals die in Parijs – te voorkomen?

Dit vraagstuk wordt vaak aangeduid als het ‘ticking-bomb scenario’ en is met name aangewakkerd na de gebeurtenissen op 11 september 2001 en de gelijktijdige uitroeping van de ‘War on Terror’. In het bijzonder in het licht van de recente ontwikkelingen in Parijs en de aanhoudende terreurdreiging is het interessant om dit onderwerp opnieuw tegen het licht te houden, en te bekijken hoe het Europese Hof voor de Rechten van de Mens omgaat met schendingen van het folterverbod.

1. Inleiding

Het (internationale) recht ten aanzien van foltering is bijzonder helder. Het folterverbod wordt beschouwd als dwingend en absoluut, en foltering is dan ook onder alle omstandigheden verboden. Dit verbod is opgenomen in diverse instrumenten, waaronder artikel 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het VN-Verdrag tegen Foltering en Andere Wrede, Onmenselijke of Onterende Behandeling of Bestraffing (‘het Folterverdrag’). Artikel 1 van dit verdrag geeft tevens een definitie van foltering:

“[a]ny act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.”

2. Het tikkende bom-scenario in het politieke debat

Ondanks het absolute verbod op foltering bestaat er op politiek niveau een debat rondom het 'ticking-bomb scenario', waarin de afweging tussen collectieve veiligheid en individuele rechtsbescherming centraal staat. Is het toegestaan dat de autoriteiten een persoon met (vermoedelijke) kennis van een dreigende terroristische aanslag (waarbij velen het leven zullen laten) folteren om op die manier informatie los te krijgen ter voorkoming daarvan?

In het Nederlandse politieke en publieke debat lijkt deze vraag minder expliciet aan de orde te komen dan in bijvoorbeeld de Amerikaanse context. In het bijzonder in de aanloop naar de presidentsverkiezingen van 2016 – en de daarmee samenhangende *primaries* – heeft een aantal presidentskandidaten, met name binnen de Republikeinse partij, zich uitgesproken voor het gebruik van foltermethodes als reële en effectieve middelen in de strijd tegen het terrorisme. Zo heeft Donald Trump laten weten dat hij waterboarding zou herintroduceren. Hij deed dat met de volgende woorden: “[w]ould I approve waterboarding? You bet your ass I would. In a heartbeat. I would approve more than that. It works. [...] ... and if it doesn't work, they deserve it anyway for what they do to us”.¹ Ook Carly Fiorina heeft aangegeven waterboarding te willen toestaan onder het tikkende bom-scenario.² Marco Rubio reageerde op een amendementsvoorstel in de Amerikaanse Senaat dat strekte tot voorkoming van toekomstige CIA folterpraktijken door te stellen: “I would have voted no on this amendment. I do not support telegraphing to the enemy what interrogation techniques we will or won't use, and denying future commanders in chief and intelligence officials important tools for protecting the American people and the U.S. homeland”.³ Hij stond daarin niet alleen: 21 Republikeinse senators stemden tegen.⁴ Tegelijkertijd wilden Jeb Bush en Ben Carson ook niet uitsluiten dat ze foltermethodes zou inzetten tijdens hun respectievelijke presidentschappen.⁵ Foltering wordt dus, met name door een aantal presidentskandidaten binnen de Republikeinse partij, gezien als een reële en effectieve optie in de bestrijding van terrorisme.

Een andere politieke strategie ter nuancering van het folterverbod bestaat ook – namelijk het ontkennen dat een bepaalde handeling gekwalificeerd kan worden als foltering. Toen bijvoorbeeld de Amerikaanse Senaat het Folterverdrag ratificeerde, werd de definitie in artikel 1 verengd waardoor, bepaalde activiteiten die onder de Verdragsdefinitie zouden kunnen worden gedefinieerd als foltering, niet langer als zodanig bestempeld konden worden.⁶ De Nederlandse overheid tekende hiertegen bezwaar aan bij de VN.⁷ De beroemde woorden van voormalig president George W. Bush over geheime CIA-gevangenschappen in het buitenland, inclusief Guantánamo Bay, zijn tekenend: “we're doing smart things to get information to protect the American people [...] I've said to the people that we don't torture, and we don't.”⁸ Een ander

sprekend voorbeeld is de Republikeinse presidentskandidaat Chris Christie, die aangaf dat waterboarding volgens hem geen foltering behelst.⁹

3. De doorwerking van het politieke debat

Waar veel juristen benadrukken dat het folterverbod absoluut is, zien we dat het politieke debat en de maatschappelijke ontwikkelingen tegelijkertijd een verschuiving teweeg brengen in het denken over dit onderwerp – met name in de literatuur vlak na 9/11. Levinson (2003) heeft een aantal standpunten die in deze literatuur voorkomen als volgt uiteen gezet:¹⁰

- A. het nut van foltering ontkennen en het absolute verbod dus handhaven als kosteloze optie;
- B. het folterverbod verwerpen;
- C. naar analogie van ander gedrag dat in aanmerking komt voor een rechtvaardiging foltering in sommige gevallen rechtvaardigen;
- D. het absolute verbod behouden maar ontkennen dat het gedrag in kwestie een vorm van foltering is en als zodanig dus niet het verbod schendt.
- E. 'don't ask, don't tell': formeel het absolute verbod behouden, maar...

Deze standpunten zijn een uitvloeisel van het politieke debat ten aanzien van dit onderwerp. Voor sommigen is het een uitgemaakte zaak: het folterverbod is en blijft absoluut en moet ook als zodanig worden geïnterpreteerd (Levinson's A-variant). De Association for the Prevention of Torture (2007) stelt dat foltering altijd verboden moet zijn omdat het 'weezinwekkend en schandelijk is', en niet voor niets op absolute wijze verboden is.¹¹ Dorfman (2007, 97) vraagt zich eveneens af of we dermate bang zijn dat we het absolute folterverbod aantasten en daarmee anderen toestaan om ons, in onze naam, terreurdaden te laten begaan die ons uiteindelijk zullen corrumperen.¹² Bufacchi & Arrigo (2006) stellen dat ook op basis van empirisch bewijs het absolute folterverbod moet worden gehandhaafd: het vormt geen 'low-cost life saver' en verwoest, op de lange termijn, de democratie.¹³

Anderen betwijfelen deze absolute benadering van het folterverbod. Zo beargumenteert Shue (1977-78, 57) dat foltering, ten minste in theorie, toegestaan kan zijn in bepaalde extreme situaties.¹⁴ Posner (2004, 294) betoogt eveneens dat foltering gerechtvaardigd kan zijn als '*lesser evil*' wanneer niets anders de dreigende catastrofe kan afwenden.¹⁵ Waltzer (1973) stelt zelfs dat politieke leiders hun handen *moeten* vies maken in tijden van opperste nood.¹⁶ Parry stelt dat de folterende ambtenaar achteraf een beroep moet kunnen doen op een noodzakelijkheidsverweer,¹⁷ wat aansluit bij het idee van Gross (2004) om de mogelijkheid te

behouden inbreuken op het folterverbod achteraf te rechtvaardigen.¹⁸ Dershowitz (2004) stelt de zogenaamde ‘torture warrant’ voor: een rechter zou dan eerst toestemming voor foltering moeten geven op basis van overtuigend bewijs.¹⁹ Deze perspectieven passen binnen Levinson’s C-variant.

Daarnaast zijn sommigen van mening dat we formeel moeten vasthouden aan het absolutisme van het folterverbod vanwege de daarmee samenhangende waarden, maar dat we ook moeten erkennen dat zelfs absolute regels gemaakt zijn om te breken, en dat een dergelijk breken van de regels buiten het publieke oog en/of debat moet gebeuren (Levinson’s E-variant).²⁰ Zizek (2002) is een voorstander van deze paradoxale ‘hypocrisie’: het kan nodig zijn om foltering toe te passen in specifieke situaties, maar deze keuze moet niet worden vastgelegd in een universeel principe – het moet simpelweg gebeuren.²¹ Het legaliseren van foltering is gevaarlijk aangezien het legitimiteit zou verschaffen aan foltering en de deur zou openen voor *meer* foltering.²²

Levinson’s B-variant en D-variant zijn terug te vinden in het politieke discours zoals hierboven beschreven. De opvattingen van de hierboven genoemde Republikeinse presidentskandidaten Trump, Fiorina, Rubio, Carson en Jeb Bush sluiten dus nauw aan bij de verwerping van het folterverbod (de B-variant) terwijl de Amerikaanse definitieverenging en de woorden van George W. Bush en Chris Christie passen binnen de D-variant. Als zodanig zijn het politieke en juridisch-wetenschappelijke debat met elkaar verweven en beïnvloeden ze elkaar.

3. De jurisprudentie van het EHRM

In de Europese context hebben politici zich minder fel uitgelaten voor aanpassing van het folterverbod. Wanneer Europese politici hier uitspraken over doen, is het vaak ter ondersteuning van de noodzaak van een absoluut folterverbod. Uitspraken van David Cameron zijn hierbij illustratief.²³ In het licht van de aanhoudende terreurdreiging hebben Europese landen echter te maken met soortgelijke veiligheidsoverwegingen als de Verenigde Staten, en met het oog op de daarmee samenhangende veranderende politieke opvattingen is het relevant om te bezien hoe het EHRM omgaat met het folterverbod.

Ten eerste moet worden vastgesteld dat het Hof strikt vasthoudt aan het absolute karakter van het verbod op foltering en onmenselijke behandeling (artikel 3 EVRM). Zelfs in kwesties waarin een afweging van belangen zoals de nationale veiligheid en terrorismebestrijding centraal staat, benadrukt het hof dat *‘[e]ven in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment.’*²⁴

Het Hof maakt echter wel onderscheid tussen de verschillende typen schendingen van het verbod onder artikel 3, namelijk foltering enerzijds en onmenselijke of vernederende behandeling anderzijds. De zware kwalificatie 'foltering' wordt enkel voor zeer uitzonderlijke en extreme situaties gebruikt. Het verschil tussen beide is dat voor foltering het noodzakelijk is dat het fysiek of mentaal lijden opzettelijk wordt toegebracht om informatie of een bekentenis af te dwingen, terwijl dit opzetvereiste niet geldt voor onmenselijke of vernederende behandeling. Wel dient voor het aannemen van een onmenselijke of vernederende behandeling sprake te zijn van een voldoende mate van ernst. Zo besliste het EHRM in *Ierland tegen Verenigd Koninkrijk* dat de Britse ondervragingsmethoden zoals toegepast in Noord-Ierland (waaronder een verdachte voor lange tijd op de tenen tegen de muur te laten staan, het afdekken van een verdachte zijn hoofd gedurende de detentie, het langdurig blootstellen van een verdachte aan een krachtig en hard lawaai en de onthouding van slaap, voedsel en drinken) geen foltering behelsden, maar desondanks in gezamenlijkheid onmenselijk en ontierend waren en als zodanig verboden. Ondanks dit onderscheid in de ernst van de behandeling, geldt voor zowel foltering als vernederende of onmenselijke behandeling dat het Hof een absoluut verbod handhaaft. Toch is het onderscheid niet geheel zonder betekenis, omdat het van belang kan zijn voor het bepalen van de gevolgen van een dergelijke schending voor het proces van de verdachte.

Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak van *Gäfgen tegen Duitsland*. Hoewel het hier niet ging om een terrorismezaak, was er wel sprake van een 'ticking-bomb scenario'. Magnus Gäfgen was gearresteerd op verdenking van ontvoering van een elfjarige jongen, en werd door de Duitse politie onder dreiging van foltering gedwongen te vertellen waar het slachtoffer was. Gäfgen werd uiteindelijk veroordeeld voor ontvoering en moord. Het EHRM moest zich in deze zaak uiteindelijk buigen over de vraag of de dreiging met foltering leidt tot een schending van artikel 3 EVRM, en zo ja, in hoeverre een schending van artikel 3 doorwerking heeft op de eerlijkheid van het proces tegen de verdachte (artikel 6 EVRM).

Het EHRM had weinig moeite met de eerste vraag en oordeelde dat gezien de ernst van de dreiging sprake was van een onmenselijke en vernederende behandeling. Bewijs dat op deze wijze wordt verkregen mag dan ook niet gebruikt worden omdat het de procedure als geheel oneerlijk maakt. Niettemin nam het Hof geen schending aan van het recht op een eerlijk proces van de verdachte. Het hanteerde een casuïstische benadering en oordeelde dat de veroordeling niet in hoofdzaak op het onrechtmatig verkregen bewijs was gebaseerd, maar op de ter terechtzitting afgelegde verklaringen van de verdachte. Hierdoor was ondanks de schending van artikel 3, geen sprake van een oneerlijk proces van de verdachte (artikel 6).

Dit oordeel voelt echter ambigu aan. Het Hof bevestigt het absolute karakter van het folterverbod in krachtige woorden- ‘Article 3, as the Court has observed on many occasions, enshrines one of the most fundamental values of democratic society’ – en acht dergelijke schendingen zelfs in terrorismezaken onaanvaardbaar. Tegelijkertijd verbindt het Hof geen vergaande gevolgen aan een dergelijke schending, waardoor het slachtoffer van dergelijk overheidshandelen nog steeds berecht kan worden.

4. Conclusie

Ondanks de juridische duidelijkheid over het folterverbod bestaat er verdeeldheid onder politici en commentatoren in het licht van terreurdreigingen en de daarmee samenhangende veiligheidsoverwegingen. De consistente bevestiging van het absolute karakter van artikel 3 in de rechtspraak van het EHRM lijkt het meest aan te sluiten bij de A-variant van Levinson. Het feit dat het EHRM ondanks het absolute verbod op foltering en onmenselijke behandeling het wel mogelijk acht dat een verdachte die aan dergelijk overheidshandelen is blootgesteld middels een *eerlijk proces* kan worden berecht, stelt echter niet volledig gerust. Het roept de vraag op welk signaal dit afgeeft aan de autoriteiten in een tijd waarin de angst voor terroristische aanslagen hoog op de politieke en maatschappelijke agenda staat en politici zoekende zijn naar meer, betere, en effectievere instrumenten om de veiligheid te waarborgen en de burger gerust te stellen.

Kaderverhaal

Het absolute karakter van het folterverbod wordt door het EHRM ook erkend in zaken die van groot politiek belang zijn voor de lidstaten. Zo ook in de spraakmakende zaak *Othman (Abu Qatada) t. het Verenigd Koninkrijk*. Abu Qatada werd door Jordanië gezocht in verband met terroristische misdrijven. Hij werd in detentie gefolterd en vluchtte naar het VK in 1993, waar hij asiel kreeg. De Britse autoriteiten merkten hem later als veiligheidsrisico aan en probeerden tot uitzetting over te gaan.

In een *Memorandum of Understanding* tussen het VK en Jordanië werd onder meer vastgelegd dat de ontvangende staat mensenrechtenverplichtingen (inclusief het folterverbod) zal respecteren wanneer een persoon naar dat land wordt uitgezet. Het EHRM concludeerde dat dit Abu Qatada weliswaar voldoende beschermt tegen foltering, maar dat het onvoldoende beschermt tegen het risico dat Jordanië bewijs *verkregen middels foltering* van hemzelf of van anderen tegen hem zal gebruiken. Het Hof stelde dat er een grote kans was dat zulk bewijs zou worden toegelaten (en mogelijk van doorslaggevend belang zou zijn) in de Jordaanse rechtszaak

tegen Abu Qatada. In de afwezigheid van overtuigende Jordaanse beloftes dat bewijs verkregen middels foltering niet gebruikt zou worden, vormde uitzetting dus een schending van het recht op een eerlijk proces (artikel 6).

Ook hier zien we dat het Hof vasthoudt aan het absolute folterverbod, met verstrekkende (politieke) gevolgen: niet alleen is foltering verboden, en niet alleen is het verboden om bewijs verkregen middels foltering te gebruiken in een proces, maar het is ook verboden om een persoon uit te zetten naar een land waar hij het risico loopt dat bewijs verkregen middels foltering *van hemzelf of van een ander* zal worden gebruikt tegen hem. Foltering is en blijft voor het Europese Hof dus een absolute *no-go*.

¹ B. Jacobs, 'Donald Trump on waterboarding: 'Even if it doesn't work they deserve it'', The Guardian (24 november 2015), beschikbaar via <http://www.theguardian.com/us-news/2015/nov/24/donald-trump-on-waterboarding-even-if-it-doesnt-work-they-deserve-it>

² B. Jacobs, 'Carly Fiorina endorses waterboarding 'to get information that was necessary'', The Guardian (28 september 2015), beschikbaar via <http://www.theguardian.com/us-news/2015/sep/28/carly-fiorina-endorses-waterboarding>

³ P. Lewis, 'Senate passes torture ban despite Republican opposition', The Guardian (16 juni 2015), beschikbaar via <http://www.theguardian.com/law/2015/jun/16/senate-passes-torture-ban-republicans>

⁴ *Ibid.*

⁵ Associated Press & S. Ackerman, 'Jeb Bush refuses to rule out use of torture if he becomes US president', The Guardian (14 augustus 2015), beschikbaar via <http://www.theguardian.com/us-news/2015/aug/14/jeb-bush-refuses-to-rule-out-use-of-torture-if-he-becomes-us-president>; E.

Pilkington, 'Trump and Carson back use of waterboarding in fight against Isis', The Guardian (22 november 2015), beschikbaar via <http://www.theguardian.com/us-news/2015/nov/22/donald-trump-ben-carson-isis-support-waterboarding>

⁶ S. Levinson, 2003.

⁷ *Ibid.*

⁸ M. McNamara, 'Bush: We don't torture', CBS News (6 september 2006), beschikbaar via <http://www.cbsnews.com/news/bush-we-dont-torture/>

⁹ A. Abramson, 'Chris Christie Not Ruling Out Waterboarding', ABC News (1 december 2015), beschikbaar via <http://abcnews.go.com/Politics/chris-christie-ruling-waterboarding/story?id=35506996>

¹⁰ S. Levinson, 'The Debate on Torture: War Against Virtual States'. *Dissent*, 2003, 79-90.

¹¹ Association for the Prevention of Torture, 'Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must say No to torture, always', 2007, beschikbaar via http://www.apt.ch/content/files_res/tickingbombscenario.pdf

¹² A. Dorfman, 'Are There Times When We Have To Accept Torture?', *South Central Review* 24(1), 95-97.

¹³ V. Bufacchi & J.M. Arrigo, 'Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument', *Journal of Applied Philosophy* 23(2), 355-373 (2006).

¹⁴ H. Shue, 'Torture', *Philosophy and Public Affairs* 7 (1977-8): 124-143. Reprinted in S. Levinson (ed.) *Torture: A Collection* (Oxford: Oxford University Press, 2004)

¹⁵ R. Posner, 'Torture, terrorism, and interrogation', in S. Levinson (ed.) *Torture: A Collection* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

¹⁶ M. Waltzer, 'Political Action: The Problem of Dirty Hands', *Philosophy & Public Affairs*, 2(2), 160-180.

¹⁷ J. Parry, 'Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad', in S. Levinson (ed.) *Torture: A Collection* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

¹⁸ O. Gross, 'The Prohibition on Torture and the Limits of the Law', in S. Levinson (ed.) *Torture: A Collection* 229, 249-50 (Sanford Levinson ed., 2004).

¹⁹ A. M. Dershowitz, 'Tortured reasoning', in S. Levinson (ed.) *Torture: A Collection* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

²⁰ S. Levinson, 2003, 86.

²¹ S. Zizek, 'Welcome to the Desert of the Real!', London/New York: Verso Publishers, 2002, 103.

²² *Ibid.*

²³ BBC News, 'David Cameron: 'Torture is always wrong'', BBC News (9 December 2014), beschikbaar via <http://www.bbc.com/news/uk-30406126>

²⁴ Zie bijv. EHRM 28 juli 1999, nr. 25803/94 (*Selmouni t. France*), para 95; EHRM 18 december 1996, nr. 21987/93 (*Aksoy t. Turkije*), para 62; EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05 (*Gafgen t. Duitsland*), para 87.