

DE GEHEIME DIENST: AN OFFER YOU CAN'T REFUSE

Bart van der Sloot*

Voor iedereen die wel eens in zuidelijke landen is geweest is het een bekend tafereel. Je parkeert je auto op een rustig pleintje, in een wat verlaten stadje en besluit op *sightseeing tour* te gaan. Je struint wat rond, vervloekt jezelf omdat je vergeten bent de zonnebrandcrème mee te nemen, maar besluit toch in een paar uur het dorpje te bezichtigen: de kerk, het lokale museum en wat oude ruïnes. Je keert terug naar de auto en daar staan twee jongens die je grijnzend tegemoet lopen en hun hand ophouden. Ze hebben de auto bewaakt, wat naar hun zeggen ook nodig was, omdat de verraderlijke kalmte in het stadje verhult dat er veel diefstallen worden gepleegd. Of je dus een kleine vergoeding zou willen betalen voor de door hun bewezen dienst. Je stopt ze maar wat toe, dankbaar omdat zij je tegen een gevaar hebben beschermd waarvan je je niet bewust was, maar als je wegrijdt blijft het knagen: was er eigenlijk wel zo'n groot gevaar?

In feite is dit probleem eigen aan alle geheime diensten die de burger beschermen tegen een gevaar waarvan zij zich niet bewust zijn. Bovendien hebben zij het monopolie op de informatie over dit vermeende gevaar. Natuurlijk zullen alle geheime diensten beweren dat hun diensten hard nodig zijn, maar bewijs daarvoor, argumenten, informatie of feiten, geven ze niet bloot. De genoemde reden is dat dit de onveiligheid zou vergroten, de terroristen zouden dan weten dat zij in de gaten worden gehouden. Het gevolg is dat de burger nooit weet waartegen hij beschermd wordt, in hoeverre dit nodig is en of hij dit ook daadwerkelijk wil. Daarbij komt dat inlichtingen- en veiligheidsdiensten zoals de National Security Agency (NSA) en in mindere mate de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) zich ook nog eens in een buitenrechtelijk kader begeven – er worden minimale eisen

gesteld aan hun handelen, die zij dan ook nog eens vaak overtreden. Dit is nodig, zeggen zij, omdat als de diensten te veel aan wetten en regels zouden zijn gebonden, zij het gevaar niet adequaat zouden kunnen tegengaan. Terroristen houden zich immers ook niet aan regels.

De vraag of staten geheime diensten als de NSA nodig hebben en welke macht aan hen toekomt om buiten het wettelijk kader te opereren is eeuwen oud

De vraag of staten geheime diensten als de NSA nodig hebben en welke macht aan hen toekomt om buiten het wettelijk kader te opereren is eeuwen oud. Bekend is bijvoorbeeld dat Plato hier reeds mee worstelde. In zijn bekende *De Republiek* beschrijft hij een ideaalstaat zonder wetten en regels, waarin de macht van de filosoof-koning ongebonden is.¹ Later komt hij echter terug op dit idee en schrijft hij *De Wetten*,² waarin de titel reeds doet vermoeden, de macht van de heersers juist totaal gebonden is aan een minutieus omschreven corpus van regels en plichten. Toch, aan het eind van deze utopie, schrijft Plato dat er misschien een Nachtelijke Raad moet worden ingesteld, een geheime dienst die in tijden van nood de macht zou kunnen grijpen. 'If this divine council should come into being for us, dear friends, the city ought to be handed over to it.' Daarna eindigt het boek, zijn laatste werk – Plato heeft het manuscript nooit kunnen afronden, waardoor er altijd twijfel is blijven bestaan over de macht die deze raad zou toekomen om buiten het wettelijk kader te handelen.

Ook na de Tweede Wereldoorlog is deze discussie in alle hevigheid gevoerd. Er was een sterke codificatiedrang:³ iedere vorm van machtsgebruik zou bij wet moeten zijn geregeld en ingekaderd, ook die van de inlichtingendiensten. Een voorbeeld is artikel 15 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarin is vervat dat zelfs in het geval van een aanvalsoorlog door een andere natie, een land slechts op zeer minimale wijze mag derogeren aan de fundamentele rechten van eenieder. Naarmate de jaren zijn verstreken, is de nadruk op het wettelijk kader echter steeds meer op de achtergrond geraakt. Geheime diensten hebben steeds meer macht naar zich toegetrokken, steeds meer middelen en steeds ruimere bevoegdheden gekregen om buiten het wettelijk kader om te handelen. Dit op grond van dreiging van allerlei vermeend gevaar: eerst de communisten, toen de fascistten en nu de terroristen.⁴

Het gevaar waartegen zou worden opgekomen is ook steeds vager en abstracter geworden. Waar een aanvalsoorlog van een land een concreet en direct gevaar voor het voortbestaan van een land met zich meebrengt en bewegingen als de IRA of de ETA tenminste nog de afscheiding van een deel van het land wilden bewerkstelligen, is het gevaar voor het voortbestaan van de natie dat terroristen met zich meebrengen kleiner. Hoe ernstig een aanslag op een metro of een gebouw ook is, het voortbestaan van een land komt daarmee niet onder druk te staan – het argument dat de rechtsorde alleen kan worden beschermd door hem tijdelijk, deels op te heffen gaat dan ook niet of nauwelijks op. Ook is het probleem met terrorisme nu juist precies dat niet bekend is uit welke hoek de daad zal komen, door wie zij zal worden gepleegd en wat het doelwit is. Om deze reden hebben inlichtingendiensten steeds beargumenteerd dat zij een grotere macht moeten krijgen om informatie te verzamelen. Iedereen kan immers een potentiële terrorist



Utah Data Center, de plek waar de NSA data verzamelt en opslaat. © Parker Higgins

zijn, iedereen object een doel en ieder moment zou een aanslag kunnen plaatsvinden. Eigenlijk zou dus iedereen, overal, constant in de gaten moeten worden gehouden.

Eigenlijk zou iedereen, overal, constant in de gaten moeten worden gehouden. En dat is precies wat er gebeurde op het hoofdkwartier van de NSA

En dat is precies wat er gebeurde op het hoofdkwartier van de NSA. De NSA blijkt jarenlang in het geheim vrijwel alle data te hebben verzameld en opgeslagen waar hij zijn handen op kon leggen, of dit nu metagegevens of persoonsgegevens waren, of het nu verdachte of onverdachte personen betrof, nationale ingezetenen of buitenlanders en of dit nu op de legale manier gebeurde, of dat geschiedde door onder dwang toegang tot data van bedrijven te verkrijgen of dat er op volstrekt illegale wijze taps werden geplaatst bij grote onderzoekers. Dit gebeurde niet alleen zonder medeweten van de burgers, ook de Amerikaanse president beweerde niet van deze praktijken af te weten en in ieder geval heeft de NSA het Amerikaanse parlement doelbewust misleid

toen directeur James Clapper op de vraag of hij op grote schaal gegevens verzamelde antwoordde: 'No sir, not wittingly.'⁵

Eenzelfde doelbewuste misleiding heeft in Nederland plaatsgevonden. Alhoewel onze inlichtingen- en veiligheidsdiensten claimen zich aan de regels te houden, blijkt keer op keer dat zij stelselmatig het toch al zeer minimale wettelijke kader veronachtzamen. Minister Plasterk verklaart dan vervolgens doorgaans vergoelijkend tegenover de media dat de diensten zich 'meestal wel aan de wet houden', een weinig bemoedigende gedachte. Plasterk zelf heeft ook een weinig hoopgevende reputatie op dit dossier. Hij heeft de media en het parlement willens en wetens verkeerd voorgelicht toen hij stelde dat de verzameling van 1,8 miljoen metagegevens in verband met telefoonverkeer binnen en met Nederland niet onder zijn supervisie door de Nederlandse diensten zouden zijn verzameld, maar door de NSA. Later moest hij toegeven dat deze toch door de AIVD en de MIVD waren verzameld.⁶

Daarnaast loopt er momenteel een rechtszaak tegen de Nederlandse Staat, onder meer over het uitwisselen van gegevens tussen de Nederlandse en buitenlandse (met name de Amerikaanse en Britse) inlichtingendiensten. Het lijkt er namelijk sterk op dat de verschillende inlichtingendiensten een U-bochtconstructie hanteren. Vaak geldt er voor deze diensten een strenger wettelijk kader voor het verzamelen van gegevens over eigen onderdanen dan voor die

van buitenlandse mogendheden. Hierdoor ontstaat er de mogelijkheid dat de inlichtingendienst van land A gegevens verzamelt over de burgers van land B en vice versa en dat zij vervolgens deze gegevens aan elkaar doorspelen. Zo omzeilen zij het corpus aan regels dat voor elk van hen geldt ten aanzien van het verzamelen van gegevens over eigen ingezetenen. Er is thans hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank ingesteld,⁷ omdat deze onder meer oordeelde dat de inlichtingendiensten ervan uit mogen gaan dat de gegevens die zij krijgen van andere diensten in samenwerkingsverbanden (bijvoorbeeld de beruchte *nine-eyes* coalitie⁸) wettelijk en legaal zijn verkregen. Dit is merkwaardig omdat uit de Snowdenonthullingen nu juist blijkt dat er geen enkele aanleiding is voor dit vertrouwen.

Vooralsnog kunnen de diensten hoe dan ook hun gang gaan

Vooralsnog kunnen de diensten hoe dan ook hun gang gaan, blijven het parlement, de burger en zelfs de uitvoerende macht vaak in het ongewisse over de exacte praktijken van de inlichtingendiensten, de vermeende aanslagen die hiermee worden vrijdeld en de effectiviteit van de activiteiten van de geheime diensten. Deze duisternis wordt natuurlijk doelbewust opgeworpen – niet alleen terroristen ondernemen immers activiteiten die de democratische rechtsorde kunnen uithollen. De Nachtelijke Raad van Plato is daarmee permanent gevestigd in de westerse landen, die gelijk de laatste utopie van Plato gekenmerkt werden door een sterk legalistische tendens. De Raad krijgt de macht om buiten het wettelijk kader te opereren, niet alleen in tijden van concreet gevaar, maar altijd – er is immers een constante dreiging, althans volgens de nachtelijke diensten zelf. Hierdoor wordt de rechtsorde beschermd tegen terroristische aanslagen, niet door de rechtsorde tijdelijk uit te zonderen, maar door hem permanent te omzeilen. Het is alsof de jongetjes in de zuidelijke stad je bij terugkomst niet vertellen dat ze je auto hebben beschermd tegen diefstal, maar je geruststellend mededelen dat ze zelf de auto in beslag hebben genomen, om hem zo te beschermen tegen mogelijk diefstal door derden.

* Mr.dr.s. B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR) van de Universiteit van Amsterdam.

1 Zie voor een digitale vertaling in het Nederlands www.arsfloreat.nl/documents/Plato11.pdf.

2 Idem.

3 Zie voor de achtergrond van het EVRM onder meer: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM, Deel 1 – Algemene Beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005; J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.),

Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelgewijs commentaar, Antwerpen: Intersentia 2004; J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM, Deel 2 – Artikelgewijs commentaar, Vol. 2*, Antwerpen: Intersentia 2004.

4 Zie uitgebreid: B. van der Sloot, 'Is All Fair in Love and War? An Analysis of the Case Law on Article 15 ECHR', *Military Law and the Law of War Review* (in voorbereiding).

5 Zie voor videobeelden www.youtube.com/watch?v=QwiUVUJmGjs.

6 Zie uitgebreid: B. van der Sloot, 'De NSA-affaire en de grenzen van de macht: Naar een wederkerig begrip van privacy', *Filosofie & Praktijk* 2014, afl. 2, p. 49-66.

7 Rb. Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8966.

8 Zie nader hierover: P. Koop, 'Over Five Eyes en Third Parties: met wie werkt de NSA samen', *De Correspondent* 8 januari 2014, <https://decorrespondent.nl/525/Over-Five-Eyes-en-Third-Parties-met-wie-werkt-de-NSA-samen-125565925-b5edb16e>.