Waar gaan we heen?

De weg van de terroristische poging vs de weg van het zelfstandige terroristische reismisdrijf

Wendy De Bondt[1]
Nele Audenaert[2]

1. Internationaal gaat er al jaren veel aandacht naar de bestrijding van terrorisme. Het anti-terreurbeleid krijgt een steeds complexere multi-dimensionele vorm, waarbij recent meer en meer gekeken wordt naar personen die reizen met een terroristisch oogmerk. De bezorgdheid over *'waar mensen heen gaan'* en met welke bedoeling ze dat doen, neemt steeds verder toe. Beleidsmakers stellen zich al langer de vraag op welke manier met deze specifieke groep om te gaan. Het criminaliseren van reizen met een terroristisch oogmerk is het voorwerp van bijzonder veel kritiek, voornamelijk vanuit mensenrechtelijke hoek, van waaruit gevreesd wordt voor overcriminalisering, voor uitholling van de fundamentele basisprincipes van ons strafrecht en mogelijk voor een onterechte culpabilisering van bepaalde groepen binnen onze samenleving. In het verlengde daarvan wordt luidop de vraag gesteld *'waar we heen gaan met ons strafrecht'* en in welke mate de noodzaak om het hoofd te bieden aan een terroristische dreiging kan verantwoorden dat we – in het kader van de strijd tegen terrorisme – een andere weg inslaan en daardoor afwijken van de basisprincipes van ons strafrecht.
2. De beleidsruimte die nationale overheden hebben om al dan niet tot criminalisering over te gaan, wordt sterk beïnvloed door de internationale en Europese reglementering terzake. Deze bijdrage heeft daarom tot doel na te gaan op welke manier de internationale en Europese bewegwijzering geïnterpreteerd moet worden en in welke mate het mogelijk is *'de weg van de terroristische poging'* te bewandelen dan wel het toch meer aangewezen (of zelfs vereist) is *'de weg van het zelfstandige terroristische reismisdrijf'* te kiezen.

1 De internationale en Europese wegwijzers

3. Het internationaal en Europees kader dat bepalend is voor de beleidsruimte van de nationale overheden om al dan niet over te gaan tot criminalisering van het reizen met een terroristisch oogmerk, wordt gevormd door drie instrumenten, met name de Resolutie 2178, aangenomen door de VN veiligheidsraad op 24 september 2014, het Aanvullende Protocol bij het Europese Verdrag inzake Terrorismepreventie, aangenomen op het niveau van de Raad van Europa op 22 oktober 2015 en de Richtlijn inzake de strijd tegen terrorisme, aangenomen door het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie op 7 maart 2017. De drie instrumenten zullen gemakshalve afgekort worden tot de VN-Resolutie, het Raad van Europa-Protocol en de EU-Richtlijn.

1.1 Materiele gedragingen: reizen, proberen te reizen, faciliteren en aanzetten tot

4. Het samenlezen van de drie teksten maakt duidelijk dat de Belgische overheid, voor wat betreft het materiële element van het misdrijf, er voor moet zorgen dat vier gedragingen binnen het toepassingsgebied van een of meerdere strafbaarstellingen vallen. Het gaat om *'reizen', 'proberen te reizen', 'het faciliteren van de reis van iemand anders'* en *'een andere persoon aanzetten tot reizen'*.

5. De eerste materiële gedraging die geviseerd wordt, is het 'reizen'. Voor die gedraging komen de vereisten in de drie instrumenten niet helemaal overeen. In eerste instantie moet een onderscheid gemaakt worden tussen *'onderdanen'* en *'niet-onderdanen'*. In tweede instantie moet een onderscheid gemaakt worden tussen '*afreizen'* naar een ander land en '*inreizen'* naar het eigen land.

[1] Professor strafrecht en rechten van het kind, lid van het Institute for International Research on Criminal Policy, Universiteit Gent.
[2] Assistente strafrecht, lid van het Institute for International Research on Criminal Policy, Universiteit Gent.

6. De VN-Resolutie en het Raad van Europa-Protocol maken een onderscheid tussen onderdanen en niet-onderdanen. Voor onderdanen is enkel het eindpunt in negatieve zin gespecifieerd. Het gaat om reizen naar een land dat niet het land van nationaliteit of verblijf is.[3] Dat betekent dat landen ervoor moeten zorgen dat ook puur extraterritoriale gedragingen van hun onderdanen strafbaar zijn. Voor niet-onderdanen is zowel het begin als het eindpunt gespecifieerd.[4] Het gaat om reizen die vertrekken vanop het territorium van de betrokken staat, naar een land dat niet het land van nationaliteit of verblijf is. Tot vóór de recentelijk aangenomen EU-Richtlijn was het m.a.w. enkel verplicht om het '*afreizen'* naar een ander land strafbaar te stellen.
7. In de EU-Richtlijn wordt een dergelijk onderscheid tussen onderdanen en niet-onderdanen niet langer gemaakt. Ook de vereiste dat de bestemming een land moet zijn dat niet het land van nationaliteit of verblijf van de betrokken persoon is, wordt niet weerhouden. Enerzijds wordt binnen de EU vooropgesteld dat ook het '*afreizen*' naar een ander EU-land strafbaar gesteld moet worden.[5] Anderzijds voorziet de EU-richtlijn, aanvullend op de vereisten die door de VN-Resolutie en het Raad van Europa-Protocol in het leven geroepen werden voor *'afreizen'*, ook in een vereiste strafbaarstelling voor het *'inreizen'* naar een land van de Europese Unie.[6]
8. Voor deze eerste materiële gedraging is het toepassingsgebied van de EU-Richtlijn m.a.w. het grootste en omvat het ook de vereisten opgenomen in de VN-Resolutie en het Raad van Europa-Protocol. Om die reden kan de omschrijving uit de EU-Richtlijn dan ook als basisvereiste genomen worden.

9. De tweede materiële gedraging die geviseerd wordt, is het 'proberen te reizen'. Hoewel die vereiste op een verschillende manier vormgegeven wordt in de drie instrumenten, komt de verplichting uitgaande van elk van hen finaal op hetzelfde neer. De drie instrumenten benadrukken immers dat de poging tot reizen een strafrechtelijke gedraging moet uitmaken,[7] zonder evenwel verder in te gaan op de concrete invulling die aan het pogingsconcept gegeven moet worden. Zoals ook in andere harmoniseringsinstrumenten de geplogenheid is, wordt de invulling van dit concept immers aan de individuele overheden overgelaten in functie van hun nationale bepalingen en theorieën daarrond. Als gevolg daarvan zijn er geen aanknopingspunten om een antwoord te formuleren op de vraag of het ook verplicht moet zijn om bijvoorbeeld het aankopen van een ticket in aanmerking te nemen als een strafbare poging tot reizen. Dat antwoord zal afhankelijk zijn van de criteria die nationaal gehanteerd worden om gedragingen al dan niet als 'strafbare poging' te kwalificeren.

10. De derde materiële gedraging die geviseerd wordt, is het 'faciliteren van de reis van een ander'. Daar waar het Raad van Europa-Protocol en de EU-Richtlijn geen enkele toelichting geven over wat er onder '*faciliteren*' verstaan moet worden[8], wordt in de VN-resolutie expliciet aangegeven dat ook daden van werven/ronselen daar een vorm van kunnen zijn.[9] Die toelichting is interessant, aangezien in de EU-Richtlijn het werven/ronselen – waarvoor in artikel 6 een verplichte strafbaarstelling in het leven geroepen wordt – buiten het toepassingsgebied van het afreizen/inreizen gehouden wordt, in het kader waarvan enkel naar de terroristische misdrijven in artikelen 3-4 en 7-8 verwezen wordt. De vraag rijst of het ook op EU-niveau introduceren van een verplichting om een algemene strafbaarstelling '*faciliteren*' te voorzien, geïnterpreteerd moet worden als het ook betrekken van de rekrutering uit artikel 6. Hoe dan

---

[3] Artikel 6 a VN-Resolutie: *"[…] their nationals who travel or attempt to travel to a State other then their States of residence or nationality." en Artikel 4.2 Raad van Europa Protocol: "[…] travel […] by its nationals to […]"*
[4] Artikel 6 a VN-Resolutie: *"[…] other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality"* en artikel 4.2 Raad van Europa-Protocol: *"[…] travel from its territory […] to […]"*
[5] Artikel 9.1 EU-Richtlijn: *"[…] traveling to a country other than that Member State […]".*
[6] Artikel 9.2 a) EU-Richtlijn: *"Each Member State shall take the necessary measures to ensure that […] is punishable as a criminal offence […] travelling to that Member State […]"*
[7] Artikel 6 a VN-Resolutie: *"[…] who travel or attempt to travel"* en artikel 4.3 Raad van Europa-Protocol *"[…] establish as a criminal offence […] the attempt to commit […]"* en artikel 4.3 EU-Richtlijn: *"[…] attempting to commit an offence referred to in Article 9 […]"*.
[8] Artikel 6.1 RvE: *"[…] "organising or otherwise facilitating travelling abroad for the purpose of terrorism", means any act of organisation or facilitation that assists any person in travelling abroad for the purpose of terrorism as defined in Article 4 […]"* en artikel 10 EU-Richtlijn: *"[…] any act of organisation or facilitation that assists any person in travelling for the purpose of […]"*.
[9] Artikel 6 c VN-Resolutie: *"the wilfull organization, or other facilitation, including acts of recruitment […]"*. Opnieuw wordt daar het onderscheid tussen onderdanen en niet-onderdanen gemaakt, waarbij vereist wordt dat organiseren/faciliteren door onderdanen strafbaar is, ongeacht de plaats waar de gedraging plaats vindt. Voor niet-onderdanen moet het organiseren/faciliteren enkel strafbaar gemaakt worden als het op het eigen territorium gebeurt.

ook zullen de EU-lidstaten op basis van de bepalingen uit de VN-resolutie het rekruteren als een vorm van '*organiseren*' of '*faciliteren*' in hun nationale implementatie-oefening moeten meenemen.

11. De vierde materiële gedraging die geviseerd wordt, is *'een ander aanzetten tot reizen'*. De strafbaarstelling van die gedraging wordt enkel in de EU-Richtlijn opgenomen en heeft betrekking op elk van de drie hoger vermelde materiële gedragingen. Het gaat met andere woorden niet alleen om het aanzetten tot 'reizen', maar ook om het aanzetten tot het 'proberen te reizen' en tot het 'faciliteren van de reis van een ander'.[10]

12. Het hoeft geen betoog dat de strafbaarstellingsvereisten erg ver gaan en landen ertoe verplichten bijzonder vroeg op de *iter criminis* in te grijpen. Een dergelijk vroegtijdig ingrijpen doet de vraag rijzen of dat nog verenigbaar is met de basisprincipes van het strafrecht, waarbij vooral gedacht wordt aan principes zoals het vermoeden van onschuld en de proportionaliteit bij het inzetten van het strafrecht. Het moet gezegd dat alle hierboven vermelde instrumenten aandacht besteden aan de basisprincipes. De VN-Resolutie verwijst op verschillende plekken bijvoorbeeld naar het belang om bij het introduceren van strafbaarstellingen – ook als die tot doel hebben terrorisme te beteugelen – respect te hebben voor de internationaalrechtelijke beginselen, vooral de mensenrechtelijke principes en de principes van de rechtstaat.[11] Hoewel er niet expliciet verder op ingegaan wordt, kan daarbij gedacht worden aan principes zoals het vermoeden van onschuld en proportionaliteit. Het Raad van Europa-Protocol geeft aan dat staten de mogelijkheid behouden om voorwaarden te koppelen aan de strafbaarheid van de vooropgestelde gedragingen in functie van hun grondwettelijke principes.[12] De EU-Richtlijn geeft aan dat de strafbaarstellingen die in uitvoering ervan aangenomen worden, proportioneel in verhouding moeten blijven met de aard en de omstandigheden van het misdrijf, en moeten beantwoorden aan de vereiste dat strafrechtelijke interventie nodig moet zijn in een democratische samenleving.[13] Die limieten op de strafbaarstellingsverplichtingen zullen een belangrijke leidraad vormen bij de beoordeling van de nationaal te kiezen weg.

1.2 Moreel element: het terroristische oogmerk

13. Het is geenszins de bedoeling om reizen *as such* strafbaar te stellen. Dat zou zonder twijfel een onaanvaardbare inperking van het vrij verkeer inhouden. In de preambule van de recente EU-Richtlijn wordt dat overigens nog eens expliciet benadrukt.[14] Enkel reizen '*met een specifiek oogmerk*' wordt geviseerd. Dat oogmerk wordt, al naargelang de tekst, in twee of drie vormen opgesplitst, zijnde (1) het plegen of bijdragen aan het plegen van een terroristisch misdrijf, (2) het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische organisatie en (3) het verzorgen of krijgen van een terroristische training.[15]

14. De EU-Richtlijn lijkt evenwel iets minder ver te gaan wat betreft de verdere concrete invulling van dat oogmerk. Daar waar in de bepalingen van de VN-Resolutie en het Raad van Europa-Protocol geen beperkende toelichting gegeven wordt bij wat er onder een terroristisch misdrijf verstaan moet worden, wordt er in de EU-Richtlijn wel een afbakening voorzien, meer bepaald a.d.h.v. de terroristische misdrijven die in de richtlijn opgenomen werden.[16] Dit betekent dus dat daar waar de VN-Resolutie en het

---

[10] Artikel 14.2 EU-Richtlijn: *"[…] inciting an offence referred to in Articles 3 to 12 is punishable."*

[11] *E.g.* 7e preambule *"Reaffirming that Member States must ensure that any measures taken […] comply with all their obligations under international law, in particular international human rights law, international refugee law, and international humanitarian law, underscoring that respect for human rights, fundamental freedoms and the rule of law are […] an essential part of a successful counter-terrorism effort […]"*, maar ook in de 20ste preambule *"Calling upon States to ensure, in conformity with international law, in particular international human rights law and international refugee law, […]"*.

[12] Artikel 4.2 Raad van Europa-Protocol: *"Each Party may establish conditions in line with its constitutional principles"*.

[13] Preambule (39) EU-Richtlijn: *"The implementation of criminal law measures should be proportional to the nature and circumstances of the offence, with respect to the legitimate aims pursued and to their necessity in a democratic society, and should exclude any form of arbitrariness, racism or discrimination."*

[14] Preambule (12) EU-Richtlijn: *"[…] It is not indispensable to criminalise the act of traveling as such."*

[15] Artikel 9.1 EU-Richtlijn. Hetzelfde oogmerk wordt tweeledig voorgesteld in Artikel 6 a VN-Resolutie: *"[…] for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training"* en artikel 4.1 Raad van Europa-Protocol: *"[…] for the purpose of the commission, of, contribution to or participation in a terrorist offence, or the providing or receiving of training for terrorism."*

[16] Artikel 3 EU-Richtlijn bevat een lijst gemeenrechtelijke misdrijven die als terroristisch aangemerkt moeten worden als ze gepleegd worden met het oogmerk ofwel de bevolking te intimideren ofwel de overheid of een organisatie op

Raad van Europa-Protocol kennelijk vereisen dat het reizen in het licht van elk van de nationaal voorziene terroristische misdrijven strafbaar gesteld moet worden, de EU de vereiste strafbaarstelling beperkt. In dit geval zullen de EU-lidstaten de beleidsruimte om verder te gaan dan de EU-minimumstandaarden moeten gebruiken om te kunnen voldoen aan de VN- en Raad van Europa-vereisten.

1.3 Strafmaten

15. Enkel de EU-Richtlijn bevat voorschriften met betrekking tot de strafmaten die voor de af- en inreismisdrijven voorzien moeten worden. De lidstaten dienen een strafmaat te voorzien die toelaat dat het misdrijf het voorwerp kan uitmaken van een overlevering of uitlevering, hetgeen afhankelijk is van de maximumstraf die in het nationale strafwetboek wordt opgenomen.
16. De standaarden voor de overleverbaarheid van een misdrijf zijn terug te vinden in het Europees aanhoudingsbevel (verder: EAB)[17]. Artikel 2.1 EAB verduidelijkt dat het in principe voldoende is een maximumstraf te voorzien die minimaal 12 maanden vrijheidsberoving bedraagt. In de veronderstelling dat alle lidstaten de strafbaarstellingen rond '*reizen met terroristisch oogmerk'* in hun nationale wetgeving zullen voorzien, zal er dan ook nooit een dubbele strafbaarheidsproblematiek ontstaan die de overleverbaarheid van het misdrijf aantast. Het kan niet de bedoeling zijn dat de 'overleverbaarheidsvereiste' geïnterpreteerd moet worden als zouden de lidstaten een maximumstraf van minstens 3 jaar vrijheidsberoving moeten voorzien om op die manier gebruik te kunnen maken van de in artikel 2.2 EAB opgenomen constructie, die in dat geval overlevering ook zonder dubbele strafbaarheid toelaat.
17. Voor de standaarden die de uitleverbaarheid van een misdrijf bepalen, wordt klassiek verwezen naar hetzij het Raad van Europa Uitleveringsverdrag, waarin een vereiste van 1 jaar vrijheidsstraf opgenomen is[18], hetzij het Benelux Uitleveringsverdrag, waar slechts een vrijheidsberoving van 6 maanden vereist wordt.[19] Het is wellicht niet de bedoeling de uitleverbaarheidsvereiste zo te lezen als zouden de gebeurlijk hogere standaarden uit eventueel bestaande bilaterale uitleveringsakkoorden – die lidstaten gesloten kunnen hebben met niet-lidstaten – moeten betekenen dat de strafmaat in te schrijven voor af- of inreismisdrijven om die reden opgedreven moet worden. Een dergelijke interpretatie zou een wel erg repressieve aanpak met zich brengen, die – afhankelijk van de concrete omstandigheden van de zaak – moeilijk te verenigen lijkt met het algemeen geldende proportionaliteitsprincipe.

2 De weg van de terroristische poging

18. De vraag stelt zich in welke mate aan de internationale en Europese minimumvereisten voldaan kan worden, enkel en alleen door toepassing van de Belgische pogingsleer. Daartoe moet nagegaan worden in welke mate het *'reizen met een terroristisch oogmerk'* gekwalificeerd kan worden als *'het begin van uitvoering van een terroristisch misdrijf'*, in welk geval we immers aan de toepassing van de pogingsleer voldoende zouden hebben.
19. Het is onmiddellijk duidelijk dat die piste geen problemen zou opleveren inzake het internationaal en Europees vereiste moreel element, aangezien alle in het Belgische Strafwetboek opgenomen terroristische misdrijven strafbaar zijn in gepoogde vorm, hetzij als misdaad op grond van artikel 52 Sw., hetzij als wanbedrijf op grond van artikel 137, §2, 11° Sw. Hetzelfde geldt voor het vooropgestelde minimum van de maximumstraf. Analyse van de strafmaten zoals die nu in het Strafwetboek voorzien zijn, leert immers dat het toepassen van de 'verzachtende werking' van de pogingsleer er niet voor zorgt dat de maximum voorziene straf onder het vooropgestelde 1 jaar duikt. Het

---

onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een bepaalde gedraging, ofwel om de politieke, constitutionele, economische of sociale basisstructuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen; Artikel 4 EU-Richtlijn bevat de misdrijven rond het lidmaatschap van een terroristische organisatie; artikel 7 en 8 EU-Richtlijn bevatten respectievelijk het verzorgen en krijgen van een terroristische opleiding. Dat betekent evenwel dat de misdrijven voorzien in artikel 5 (publiekelijk aanzetten tot het plegen van een terroristisch misdrijf) en artikel 6 (rekrutering voor terrorisme) niet geviseerd worden door de vereisten rond het introduceren van een reismisdrijf.
[17] Europees Aanhoudingsbevel, 13 juni 2002.
[18] Artikel 2.1 Raad van Europa Uitleveringsverdrag, 13 december 1957.
[19] Artikel 2.1 Benelux Uitleveringsverdrag, 27 juni 1962.

voldoen aan de voorwaarden in verband met het materiële element behoeft evenwel een meer diepgaande analyse en reflectie.

2.1 De theoretische reikwijdte van de poging

20. Of zowel *'reizen', 'proberen te reizen', 'faciliteren van de reis van een ander'* en *'een ander aanzetten tot reizen'* strafbaar zouden zijn, is afhankelijk van de opvatting over de pogingsleer.
21. *Grosso modo* bestaan twee verschillende opvattingen, te weten de subjectivistische en de objectivistische pogingsleer. Subjectivisten benadrukken het belang van de mogelijke gevaarlijkheid van de dader voor de maatschappij. Zij zijn dan ook van oordeel dat bestraffing moet kunnen van zodra duidelijk is dat een persoon criminele bedoelingen heeft (Constant, 1965, 254; Van den Wyngaert, 2014, 349). De objectivisten besteden daarentegen geen aandacht aan de dader zelf, maar aan de ernst van de daad die werd gesteld. Volgens hen is bestraffing pas verantwoord wanneer het voornemen om een misdrijf te plegen wordt veruitwendigd in gedragingen die een begin van uitvoering van het misdrijf uitmaken, waardoor pas in een latere fase kan opgetreden worden (zie De Nauw, 1982, 1-5). Een strikte toepassing van een van de twee opvattingen is voor kritiek vatbaar; waar de strikte toepassing van de objectivistische strekking zal leiden tot vrijspraak, zelfs in die gevallen waarin het misdadig voornemen onomstotelijk kan bewezen worden, zal de strikte toepassing van de subjectivistische strekking bijzonder snel overgaan tot vervolging, hetgeen aan de dader elke kans om zich spontaan te bedenken zou ontnemen (zie ook Vandromme & De Roy, 2005-2006, 514).

22. In het Belgische strafrecht heerst een gemengde visie. Op grond van artikel 51 Strafwetboek is er slechts sprake van strafbare poging wanneer ***het voornemen*** om een misdaad of een wanbedrijf te plegen zich heeft geopenbaard door ***uitwendige daden die een begin van uitvoering*** van die misdaad of van dat wanbedrijf uitmaken en alleen ten gevolge van omstandigheden, van de wil van de dader onafhankelijk, zijn gestaakt of hun uitwerking hebben gemist. Deze strikt objectivistische visie uit het Strafwetboek wordt evenwel in de rechtspraak genuanceerd door aanvaarding van eerder subjectivistische elementen.
23. De eerste toepassingsvoorwaarde die interpretatie behoeft, is "*begin van uitvoering*", wat impliceert dat het stellen van voorbereidingshandelingen op zich niet voldoende is om over te gaan tot bestraffing. Het onderscheid tussen uitvoerings- en voorbereidingshandelingen werd echter door de wetgever niet verder gespecificeerd, omdat het noodzakelijk varieert in functie van elke individuele misdrijfomschrijving (Verbruggen, Prakken & Roef, 2004, 179) en een soevereine beoordeling van een rechter behoeft (Vandermeersch, 2015, 84; Corr. Mechelen, 2005). De objectivistische insteek van het Belgische Strafwetboek kan daardoor verkeerdelijk de indruk wekken dat bestraffing in België maar mogelijk is wanneer een dader begint aan de uitvoering van één van de constitutieve elementen. Bij de verdere invulling van het vereiste '*begin van uitvoering*' hebben de rechtspraak en rechtsleer evenwel een duidelijk, pragmatisch en eerder subjectivistisch standpunt ingenomen. Er is immers volgens de heersende Belgische rechtspraak en rechtsleer reeds sprake van "begin van uitvoering" wanneer de gedraging naar haar aard en strekking geen twijfel laat bestaan over de bedoelingen van de dader (subjectief criterium) en noodgedwongen tot de voltooiing van het misdrijf moet leiden (objectief criterium) (Bastyns, 2012, 1304-1305; De Roy, 2005-2006; Vandromme & De Roy, 2005-2006, 514). Het is m.a.w. geen vereiste dat reeds een aanvang werd genomen met één van de constitutieve elementen van het misdrijf. Het volstaat dat de gedraging zekerheid verschaft omtrent het misdadig voornemen en niet anders kan dan leiden tot het plegen van het misdrijf. Hieruit kan dan ook worden afgeleid dat er sprake is van een **niet-strafbare voorbereidingshandeling** wanneer de gedraging nog voor meerdere interpretaties vatbaar is en geen voldoende zekerheid verschaft omtrent het criminele voornemen van de dader (Keulen, 2011, 471; Tulkens & van de Kerckhove, 1999, 320; Vanhoudt & Calewaert, 1976, 358-359; Verbruggen et al., 2004, 38). Betreft de gedraging daarentegen een ondubbelzinnige handeling die, rekening houdend met het vermoedelijke voornemen van de dader en alle andere omstandigheden van de zaak, niet anders kan dan leiden tot het plegen van een welbepaald misdrijf, dan zal de gedraging aangemerkt worden als **een uitvoeringshandeling** (Collin, 2010, 127; Kiganahé, 2001, 228-230; Verbruggen et al., 2004, 36; Corr. Mechelen, 2005[20]).
24. De tweede toepassingsvoorwaarde waaraan voldaan moet zijn opdat er sprake is van strafbare poging, heeft betrekking op het moreel element dat in hoofde van de dader aanwezig dient te zijn. De dader moet immers het voornemen hebben om een ***welbepaald*** misdrijf te plegen (Bastyns, 2012, 1304:

[20] In dit vonnis wordt uitdrukkelijk bepaald: "*Deze daden zijn niet voor een andere interpretatie vatbaar, en kunnen niet buiten het verband met het misdadig opzet uitgelegd worden; zij laten aldus geen enkele twijfel bestaan over het voornemen of de bedoeling van de beklaagden*".

Collin, 2010, 125-126). Een algemeen voornemen om een misdrijf te plegen volstaat dus niet: er moet daadwerkelijk kunnen worden aangetoond welk misdrijf (in het bijzonder welke misdaad of welk wanbedrijf) de dader voor ogen had (*dolus determinatus*) (Kiganahé, 2001, 221; Vanhoudt & Calewaert, 1976, 354). Het misdrijf moet identificeerbaar zijn. In geval van twijfel over het voornemen, zal bestraffing van het gepoogde misdrijf met andere woorden niet mogelijk zijn (Verbruggen & Verstraeten, 2011, 90). Conceptueel omdat dan niet voldaan is aan het moreel element, technisch omdat de hoogte van de straf varieert in functie van het voorgenomen, gepoogd misdrijf.[21] Concreet betekent dit dat het vertrek naar het buitenland met een terroristisch oogmerk pas een strafbare poging kan uitmaken, wanneer met zekerheid kan worden vastgesteld ***welk*** terroristisch misdrijf de reiziger beoogt te plegen.

2.2 De strafbaarheid van reizen, proberen te reizen, faciliteren en aanzetten tot

25. In het licht van de theoretische reikwijdte van de strafbare poging wordt duidelijk dat *'reizen'* of zelfs *'proberen te reizen'* maar aanleiding zal kunnen geven tot een veroordeling wegens strafbare poging als er voldoende duidelijkheid bestaat over het daarbij beoogde terroristische misdrijf. In de praktijk zal het evenwel niet evident zijn om op het moment van het reizen het bewijs van dit voornemen te leveren en bijgevolg om de dader te bestraffen op grond van artikel 51 Sw. Hoewel het niet ondenkbaar is dat de rechter in een concrete zaak moet vaststellen dat het reizen voor meerdere interpretaties vatbaar is en hoogstens kan aangemerkt worden als voorbereidingshandeling,[22] is het evenmin ondenkbaar dat de rechter het reizen wél kwalificeert als een begin van uitvoering, met name wanneer ondubbelzinnig vaststaat dat de vermeende terrorist de bedoeling heeft om een welbepaald terroristisch misdrijf te plegen. Dat laatste wordt ondersteund door het bestaan van meerdere precedenten waarin het vertrek naar de plaats van het misdrijf als *'begin van uitvoering'* in aanmerking werd genomen. Het zijn immers steeds de concrete feiten die moeten toelaten te bepalen of het vertrek reeds een begin van uitvoering uitmaakt (Corr. Mechelen, 2005).[23] Dat de afstand in tijd en ruimte *in casu* relatief groot zal zijn, hoeft daaraan volgens de auteurs geen afbreuk te doen (*contra* Vandermeersch, 2015, 85). Essentieel is immers de vraag of de criminele intentie van de dader ondubbelzinnig vaststaat. In het verlengde daarvan lijkt het nog minder waarschijnlijk dat het *'proberen te reizen'* onder het toepassingsgebied van de poging – zoals die nu geconcipieerd wordt – zou kunnen vallen. Dat dat echter niet absoluut uitgesloten is, blijkt eveneens uit bestaande rechtspraak waar een begin van uitvoering aanvaard werd in een geval waar de dader nog niet vertrokken was naar de plaats van het misdrijf (zie De Roy, 2005-2006). Op basis daarvan wordt duidelijk dat het moreel element een cruciale rol speelt in dit verhaal en doorslaggevend zal zijn voor de vraag of (proberen te) reizen een strafbare poging uitmaakt.

26. De vraag rijst echter of aan de minimumvereisten uit de internationale en Europese instrumenten voldaan wordt door *'(proberen te) reizen'* enkel te bestraffen indien het daarmee beoogde misdrijf kan geïdentificeerd worden. Argumenteren dat dit voldoende is omwille van de algemene verplichting om bij de implementatie a) ervoor te zorgen dat de strafbaarstellingen '*proportioneel blijven* ***in verhouding met de aard en de omstandigheden van het misdrijf*** en b) om rekening te houden met internationale basisprincipes zoals het vermoeden van onschuld, is mogelijk – maar niet noodzakelijk – een te welwillende interpretatie. In het licht van de manier waarop in het Belgische strafrecht klassiek omgegaan wordt met het onderscheid tussen voorbereidende handelingen en handelingen die een begin van uitvoering uitmaken, is een vraag daarover gericht aan de internationale en Europese regelgevers perfect legitiem.

27. Voor de strafbaarstellingen *'faciliteren van de reis van een ander'* en *'een ander aanzetten tot reizen'*, dringt een combinatie van de pogingsleer met de deelnemingsleer zich op. In het Belgische strafrecht vormen 'het faciliteren van' en 'het aanzetten tot' immers manieren om aan het misdrijf van een ander deel te nemen.[24] Indien geen zelfstandig faciliteringsmisdrijf in het leven geroepen wordt, maar geleund wordt op de combinatie tussen de poging en de deelneming, zal 'faciliteren' maar strafbaar zijn op het moment dat ook het onderliggende basismisdrijf daadwerkelijk gepleegd (of gepoogd) werd (Van den

---

[21] Zie artikelen 52 en 53 Sw.

[22] Sinds 1 januari 2017 zou in deze situatie potentieel wel beroep gedaan kunnen worden op het nieuwe artikel 140*septies* Strafwetboek, dat meer algemeen elke voorbereiding van een terroristisch misdrijf strafbaar stelt.

[23] In dit vonnis werd het rondrijden in de auto met molotovcocktails als een begin van uitvoering aangemerkt, ook al waren de daders nog niet aangekomen op hun bestemming.

[24] Artikel 67 Sw. verwijst expliciet naar het voorbereiden, vergemakkelijken of voltooien van een misdrijf van een ander.

Wyngaert, 2014, 375). In die zin is het faciliteren van de reis van een ander maar strafbaar als die ander ook daadwerkelijk reist (of dit minstens gepoogd heeft). Dezelfde redenering geldt voor het niet-openbaar aanzetten tot reizen.[25] Op basis van artikel 66 Sw. zal deze gedraging maar strafbaar zijn indien de aanzetting uitwerking gehad heeft en geleid heeft tot het reizen (minstens de poging daartoe). De wet vereist bovendien dat het aanzetten gebeurt door middel van *'giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden*'. Opnieuw kan de vraag gesteld worden of het handhaven van die traditionele nationale voorwaarden verantwoord kan worden onder verwijzing naar de noodzaak de proportionaliteit van het strafrechtelijk ingrijpen in het licht van de ernst van de feiten te waarborgen.

2.3 Het gewenste hiaat?

28. Aangezien alle individuele dossiers complexe feitenkwesties zullen zijn waar een soevereine beoordeling door een feitenrechter noodzakelijk is, is het niet gegarandeerd dat voor iedereen die reist *'met terroristische ideeën'* het specifieke terroristische oogmerk voldoende concreet aangetoond kan worden om strafbaarheid op basis van de terroristische poging mogelijk te maken. Anders dan de traditioneel objectivistische insteek van ons Strafwetboek doet vermoeden, is het nochtans niet ondenkbaar dat reizen en zelfs proberen te reizen, en in het verlengde daarvan ook het faciliteren van en aanzetten tot, bestraft zou worden.
29. Dat dit enkel kan wanneer het oogmerk waarmee de feiten gepleegd worden een ondubbelzinnig karakter vertoont, zou gezien kunnen worden als een hiaat in onze regelgeving, waardoor het introduceren van een zelfstandig misdrijf aangewezen is. Die conclusie is ingegeven door de minimumvereisten vooropgesteld door de internationale en Europese regelgeving ter zake. Nochtans mag uit die regelgeving niet te snel afgeleid worden dat strafbaarheid ook noodzakelijk is wanneer het terroristische oogmerk onduidelijk is. De verwijzing naar het belang respect te hebben voor proportionaliteit en het vermoeden van onschuld in de drie instrumenten laat toe vraagtekens te plaatsen bij de manier waarop de vereisten geïnterpreteerd moeten worden.
30. Vaststaat dat veroordeling voor 'reizen' en 'proberen te reizen' niet mogelijk is zolang niet met voldoende zekerheid gezegd kan worden welk concreet terroristisch misdrijf de dader beoogde te plegen. Bovendien is veroordeling voor 'faciliteren van' en 'aanzetten tot' niet mogelijk zolang het basismisdrijf niet daadwerkelijk door de geaffecteerde persoon gepleegd of gepoogd werd. Dat mogelijke hiaat trachtte de wetgever dan ook op te vullen met de invoering van artikel 140*sexies* Sw.

3 De weg van het zelfstandige terroristische reismisdrijf

31. Gelet op de limieten verbonden aan de toepassing van de pogingsleer, rijst de vraag of de weg van het zelfstandige terroristische reismisdrijf niet de voorkeur moet genieten. In België werd in de zomer van 2015 de keuze gemaakt artikel 140*sexies* Sw. toe te voegen, waardoor middels een zelfstandig misdrijf *'[…] iedere persoon die het nationaal grondgebied verlaat met het oog op het plegen, in België of in het buitenland, van een misdrijf bedoeld in de artikelen 137, 140 tot 140quinquies en 141 […]'* en *'iedere persoon die in het nationaal grondgebied binnenkomt met het oog op het plegen, in België of in het buitenland, van een misdrijf bedoeld in de artikelen 137, 140 tot 140quinquies en 141'* gestraft wordt met een opsluiting van 5 tot 10 jaar en met een geldboete van €100-5000. De introductie ervan werd gerechtvaardigd door verwijzing naar de internationale standaarden, waarbij de vaststelling "*dat het vertrek naar het buitenland niet in alle situaties als een poging tot artikel 140 of artikel 140quinquies Strafwetboek kan worden aangemerkt*" klaarblijkelijk als voldoende beschouwd werd om de noodzakelijkheid van het artikel ten opzichte van de strafbare poging aan te tonen.[26] De meerwaarde van dit artikel kan evenwel maar overtuigen indien aangetoond wordt dat (a) hiermee de bestaande (ongewenste) hiaten worden opgevuld, en (b) daarbij geen ongewenste negatieve gevolgen worden teweeggebracht voor een of meerdere basisprincipes uit het strafrecht.

---

[25] Voor het publiekelijk aanzetten tot reizen met een terroristisch oogmerk, werd een afzonderlijke strafbaarstelling in het leven geroepen via artikel 140*bis* Sw. Deze gedraging is dan ook strafbaar, ongeacht de vraag of door iemand anders daadwerkelijk gevolg werd gegeven aan de aanzetting.
[26] Zie MvT bij het Wetsontwerp van 22 juni 2015 tot versterking van de strijd tegen het terrorisme, *Parl. St.* Kamer 2014-2015, nr. 54-1198/001.

3.1 Conceptueel randgeval

32. Artikel 140*sexies* Sw. werd ingevoerd omwille van een (vermeende) noodzakelijkheid om alsnog bestraffend te kunnen optreden in geval het '*reizen met terroristisch oogmerk*' niet zou kunnen worden bestraft op grond van artikel 51 ev. Sw., meer bepaald in die gevallen waar wordt geoordeeld dat reizen geen begin van uitvoering uitmaakt en/of waar de criminele intentie van een reiziger nog niet voldoende identificeerbaar is.
33. In de mate dat het reizen niet beschouwd kan worden als een uitvoeringshandeling, viseert de nieuwe strafbaarstelling een loutere voorbereidingshandeling. Met een dergelijke vroege interventie op de *iter criminis* dient echter voorzichtig te worden omgegaan. De uitzonderlijke strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen die in het Belgische strafrecht werden ingevoerd, hebben immers voornamelijk betrekking op gedragingen in groepsverband (zie Keulen, 2011, 479).[27] Slechts in beperkte mate werden individuele voorbereidingshandelingen binnen het toepassingsgebied van het strafrecht gebracht, meestal omdat deze handelingen op zichzelf een gevaar inhouden voor de maatschappij (zie ook Collin, 1948, 162).[28] De strafwetgever dient in elk geval voorzichtig om te springen met de invoering van tal van nieuwe strafrechtsartikelen die zich situeren in de voorbereidende, dagelijkse sfeer en de nadruk leggen op intenties.[29] Er mag niet uit het oog verloren worden dat een dergelijk vroegtijdig strafrechtelijk overheidsoptreden niet alleen een grote impact kan hebben op het leven van een potentieel onschuldige verdachte, maar ook het gelijkheidsbeginsel en het vermoeden van onschuld in het gedrang kan brengen indien gebruik gemaakt wordt van loutere vermoedens. Het risico dat bij het bewijs van het bestaan van een terroristische intentie rekening zal worden gehouden met religieuze overtuigingen is volgens de auteurs immers zeker niet onbestaande. Er dient dan ook over gewaakt te worden dat door dergelijke strafbaarstellingen in de praktijk geen omkering van de bewijslast wordt bewerkstelligd, waarbij het vermoeden van onschuld op de helling komt te staan. Dit zal in het bijzonder het geval kunnen zijn wanneer het vertrek **naar bepaalde gebieden** in combinatie met **een bepaalde religieuze overtuiging** wordt geviseerd (zie ook Commissie Meijers, CM 1602).

3.2 Magere aanvulling op het hiaat

34. Het nieuwe misdrijf geeft mogelijk verkeerdelijk de indruk dat de bewijsproblemen van de opsporings- en vervolgingsautoriteiten i.v.m. het morele element volledig van de baan zijn. Dat het volstaat aan te tonen dat werd vertrokken met het oogmerk ***één van de*** opgesomde terroristische misdrijven te plegen, zonder *in concreto* te moeten bewijzen op welk specifiek misdrijf het voornemen betrekking heeft, geeft minstens de indruk de bewijslast aanzienlijk te verlagen. Op grond van artikel 140*sexies* Sw. is echter nog steeds vereist dat het terroristisch oogmerk kan worden aangetoond. Deze voorgehouden meerwaarde is vermoedelijk dan ook louter theoretisch van aard, aangezien de Raad van State in haar advies bij het wetsvoorstel opmerkte dat het reismisdrijf geen al te ruim toepassingsgebied mag krijgen. Overheidsoptreden op basis van artikel 140*sexies* Sw. is maar mogelijk "*indien voldoende concrete, gematerialiseerde en objectiveerbare aanwijzingen aanwezig zijn, die een bepaalde graad van ernst vertonen, van de intentie om een terroristisch misdrijf te plegen*". De Raad van State benadrukt dat daarbij geen loutere vermoedens mogen worden gehanteerd o.b.v. afkomst, overtuiging of gerechtelijk verleden van de reiziger.[30] Bovendien dient daaraan toegevoegd te worden dat het later daadwerkelijk plegen van een misdrijf niet noodzakelijk kan gebruikt worden als bewijs voor het bestaan van dat voornemen op het moment van het reizen (zie ook Rozie, 2015, 141). Er kan dan ook worden geconcludeerd dat, in de mate dat het vertrek naar het buitenland niet beschouwd kan worden als een begin van uitvoering van een *welbepaald* terroristisch misdrijf, het wellicht ook niet wenselijk is strafrechtelijk op te treden op grond van artikel 140*sexies* Sw.

35. De zelfstandige strafbaarstelling brengt wél meer duidelijkheid over het kunnen bestraffen van het *'proberen te reizen'*. Daar waar er op basis van de pogingsleer maar moeilijk bestraffend kan opgetreden

---

[27] Zie o.a. lidmaatschap van een criminele organisatie (artikelen 322 ev. Sw.) en de samenspanning tegen de koninklijke familie (artikel 108 Sw.).
[28] Zie o.a. verboden wapendracht (Wet houdende regeling van economische en individuele activiteiten met wapens van 8 juni 2006), de voorbereiding van een aanslag tegen de Koning (artikel 112 Sw.) en woonstschennis (artikel 439 Strafwetboek).
[29] Deze opmerking geldt eveneens voor het nieuw ingevoerde artikel 140*septies* Sw., op grond waarvan de voorbereiding van een terroristisch misdrijf strafbaar wordt gesteld.
[30] Adv.RvS nr. 57.127/AV van 24 maart 2015 bij het Wetsontwerp van 22 juni 2015 tot versterking van de strijd tegen het terrorisme, *Parl. St.* Kamer 2014-2015, nr. 54-1198/001 (overweging 3.5.2.).

worden tegen *'de poging van de poging'*, maakt het zelfstandige misdrijf de strafbaarheid ervan duidelijk. Omdat het '*reizen'* ingeschreven wordt als een misdaad, is *'proberen te reizen'* in elk geval ook strafbaar. Dit heeft tot (bedenkelijk) gevolg dat ook het aankopen van een vliegtuigticket reeds strafbaar zal zijn. Ook het te koop aanbieden van een vliegtuigticket zal dan bestraft kunnen worden op grond van de regels inzake strafbare deelneming, op voorwaarde dat de verkoper weet dat de reiziger terroristische intenties heeft. Niet alleen het eigenlijke verlaten/binnenkomen van het grondgebied, maar ook heel wat handelingen die daaraan voorafgaan worden met andere woorden binnen het toepassingsgebied van het strafrecht gebracht door de invoering van artikel 140*sexies* Strafwetboek. Het gaat opnieuw om dagelijkse handelingen die op zichzelf beschouwd geen informatie weggeven over de intenties waarmee ze worden gesteld, waarbij de vraag rijst in welke mate het *überhaupt* mogelijk zal zijn in een dergelijk vroeg stadium het bewijs te leveren van een terroristisch oogmerk, zonder daarvoor terug te vallen op loutere vermoedens.

36. Het zelfstandig reismisdrijf vormt m.a.w. slechts een magere invulling op de eerder geschetste hiaten. Bestraffing van (de poging tot) reizen lijkt nog steeds enkel mogelijk indien voldoende gedetailleerde informatie voorhanden is omtrent het terroristisch voornemen van de reiziger, net zoals dit het geval is indien beroep zou worden gedaan op de pogingsleer. Ook aan het probleem dat het faciliteren of het aanzetten tot reizen slechts bestraft kan worden indien het reismisdrijf daadwerkelijk wordt gepleegd of gepoogd, werd niet tegemoet gekomen door de invoering van artikel 140*sexies* Sw.

3.3 Introductie van een disproportionele straf

37. Ook bij de door de wetgever voorziene strafmaat kunnen vraagtekens geplaatst worden. De rechter kan aan de (vermeende) reizende terrorist een straf opleggen bestaande uit een opsluiting van vijf tot tien jaar en een geldboete van honderd tot vijfduizend euro.[31] De vraag rijst of deze strafmaat aansluit bij de objectivistische, dan wel bij de subjectivistische visie op het strafrecht. Ook op het niveau van de bestraffing bestaan er immers belangrijke verschillen tussen beide opvattingen.
38. De subjectivistische visie leidt tot een maximalistische kijk op de bestraffing: een dader die niet slaagt in zijn misdadig opzet, dient even zwaar bestraft te worden als een dader die er wel in slaagt het misdrijf te voltooien. Beide daders hebben immers voldoende aangetoond gevaarlijk te zijn voor de maatschappij. Een gepoogd misdrijf zou dan ook op dezelfde wijze bestraft moeten worden als een voltooid misdrijf (Collin, 2010, 130; Constant, 1965, 279). De objectivisten benaderen de bestraffing op een minimalistische wijze. Aangezien de klemtoon wordt gelegd op de ernst van de daad, zal een gedraging die minder schade berokkent milder bestraft worden dan een gedraging die ernstige schade heeft berokkend. Dit verklaart waarom een gepoogd misdrijf, dat in de regel minder schade berokkent dan een voltooid misdrijf, volgens de objectivistische visie minder zwaar bestraft moet worden dan een voltooid misdrijf (Collin, 2010, 130; Robinson & Darley, 1998, 413).
39. Zoals reeds vermeld, is het Belgische Strafwetboek klassiek objectivistisch getint. Dit komt in beginsel ook tot uiting in de strafmaat die voor elk misdrijf wordt voorzien. Zo geeft een poging tot het plegen van een misdrijf aanleiding tot een mildere bestraffing: een gepoogd misdrijf berokkent immers minder schade dan een voltooid misdrijf.[32] Dit blijkt duidelijk uit artikel 52 *juncto* artikelen 80 en 81 Sw. Nochtans heeft de strafwetgever ook enkele uitzonderingen ingevoerd die eerder aanleunen bij de subjectivistische visie. Als voorbeeld kan verwezen worden naar artikel 136*septies*, 6° Sw., op grond waarvan de poging tot het plegen van oorlogsmisdaden, genocide en misdaden tegen de mensheid even zwaar bestraft wordt als de misdrijven zelf.
40. Artikel 140*sexies* Sw. sluit echter bij geen enkele visie aan. Waar de objectivisten een zwaardere bestraffing opleggen naarmate het misdrijf verder wordt voltrokken en de bestraffing laten variëren in functie van de berokkende schade en waar de subjectivisten een gelijke bestraffing voorzien van zodra de gevaarlijkheid van de dader is gebleken, zal iemand die reist met het oog op het plegen van een terroristisch misdrijf in sommige situaties zwaarder bestraft worden dan iemand die het terroristisch misdrijf daadwerkelijk pleegt of poogt. Dit staat haaks tegenover de objectivistische visie die elders overal duidelijk tot uiting komt in het Belgische Strafwetboek.

> *Voorbeeld – Het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen met een terroristisch oogmerk wordt bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaar (artikel 393, eerste*

[31] Artikel 140*sexies* Sw.
[32] Ook hierop bestaan een aantal uitzonderingen: zo wordt de poging tot aanranding even zwaar bestraft als een aanranding zelf (artikel 374 Strafwetboek).

lid juncto artikel 138, §1, 2° Sw.). De poging tot het plegen van dit wanbedrijf wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximum twee jaar (artikel 138, §1, tweede lid Sw.). Dit betekent dat iemand die louter het nationale grondgebied verlaat met een terroristisch oogmerk aanzienlijk zwaarder wordt bestraft (meer bepaald met een opsluiting van vijf tot tien jaar) dan iemand die daadwerkelijk slagen en verwondingen toebrengt met een terroristisch oogmerk of dit minstens probeert.

Hetzelfde geldt voor de poging tot artikel 140sexies Sw. De poging tot het verlaten van het nationale grondgebied met een terroristisch oogmerk wordt bestraft met een gevangenisstraf van ten minste één maand en ten hoogste vijf jaar (artikel 52, eerste lid juncto artikel 80, laatste lid Sw.). Indien de dader zich daarentegen "beperkt" tot het daadwerkelijk toebrengen van opzettelijke slagen en verwondingen met een terroristisch oogmerk, zal hij slechts bestraft kunnen worden met een gevangenisstraf van maximum drie jaar.

41. De voorziene straf is dan ook duidelijk disproportioneel in verhouding tot de gestelde gedraging (met name reizen) en beantwoordt niet aan de strekking die tot op heden werd gevolgd in het Belgische strafrecht. Het is nog maar de vraag of de aanneming van verzachtende omstandigheden (bijvoorbeeld omdat aan het terroristische oogmerk uiteindelijk nooit enig gevolg werd gegeven) aan deze discrepantie kan tegemoet komen. Ook de subjectivistische visie wordt niet gevolgd: het verlaten van het nationale grondgebied wordt immers zwaarder bestraft dan het plegen van sommige terroristische misdrijven zelf, terwijl de gevaarlijkheid van de dader duidelijker is wanneer daadwerkelijk een terroristisch misdrijf wordt gepleegd.
42. Bovendien kan ook nog de vraag gesteld worden of de ingevoerde strafmaat wel verenigbaar is met §6, a) VN-resolutie, dat bepaalt dat een straf moet worden opgelegd "*in verhouding tot de ernst van het strafbaar feit*". Het advies van de Raad van State, dat stelt dat dit "*op een alomvattende manier beoordeeld en gerechtvaardigd moet worden*", biedt geenszins een duidelijk antwoord op deze vraag.[33] Misschien was het dan ook geen slecht idee geweest de straf te laten variëren in functie van de ernst van het voorgenomen terroristisch misdrijf. Het is immers niet wenselijk de reis strenger te bestraffen dan (de poging tot) het terroristisch misdrijf zelf. Er kan dan echter worden opgemerkt dat de toepassing van de pogingsleer hetzelfde resultaat zou bereiken en een afzonderlijke strafbaarstelling m.a.w. overbodig is.

3.4 De facto wegnemen van de spontane terugtred

43. Een bijkomend onwenselijk gevolg van de afzonderlijke strafbaarstelling heeft betrekking op de (on)mogelijkheid tot spontane terugtred. Overeenkomstig artikel 51 Sw. is het slechts mogelijk de dader van een gepoogd misdrijf te bestraffen indien de poging mislukte of werd gestaakt omwille van omstandigheden ***onafhankelijk*** van de wil van de dader. In geval van een spontane terugtred vooraleer het misdrijf werd voltooid (met name wanneer de dader na het begin van uitvoering toch uit eigen beweging afziet van zijn voornemen om het misdrijf te plegen), zal dus *a contrario* geen bestraffing mogelijk zijn (zie hierover meer uitgebreid Rozie, 2015). Deze mogelijkheid werd voornamelijk om opportunistische redenen opengelaten. Door straffeloosheid te garanderen bij spontane terugtred, beoogt de wetgever de dader immers tot op het laatste moment aan te moedigen om af te zien van zijn misdadig voornemen (De Nauw, 1982, 85; Rozie, 2015, 142; Tulkens & van de Kerckhove, 1999, 322; Vandermeersch, 2015, 87; Vanhoudt & Calewaert, 1976, 365).
44. Dit betekent *in casu* dat zolang de dader het terroristisch misdrijf niet heeft voltooid, hij volgens de filosofie van de strafwetgever de mogelijkheid moet behouden spontaan op zijn stappen terug te komen. Ingevolge de invoering van artikel 140*sexies* Sw. wordt deze mogelijkheid echter quasi volledig uitgesloten: indien de dader zich na diens vertrek nog spontaan zou bedenken, is hij immers reeds strafbaar met een opsluiting van vijf tot tien jaar. Om *in concreto* bestraffing te ontlopen, zal de dader zich m.a.w. voor het vertrek moeten bedenken. Indien het reizen met een terroristisch oogmerk daarentegen zou aangemerkt worden als "begin van uitvoering" van een terroristisch misdrijf (in plaats van als een afzonderlijk misdrijf), zou de potentiële dader nog gestimuleerd worden af te zien van zijn voornemen, vooraleer daadwerkelijk over te gaan tot het plegen van het terroristisch misdrijf.
45. De afzonderlijke strafbaarstelling van het reizen, heeft met andere woorden twee belangrijke gevolgen: doordat de reis op zich, ongeacht de eventuele daaropvolgende daden, een afzonderlijk misdrijf uitmaakt, en niet langer enkel kan worden beschouwd als het begin van uitvoering van een ander misdrijf,

[33] Adv.RvS nr. 57.127/AV van 24 maart 2015 bij het Wetsontwerp van 22 juni 2015 tot versterking van de strijd tegen het terrorisme, *Parl. St.* Kamer 2014-2015, nr. 54-1198/001 (overweging 4.2.5.).

zal a) de stimulans in hoofde van de dader om af te zien van zijn voornemen nagenoeg volledig verdwijnen en b) zal iemand die desalniettemin na de reis uit eigen beweging terugkeert, even zwaar (of in bepaalde gevallen zelfs zwaarder) bestraft kunnen worden als iemand die daadwerkelijk overgaat tot het plegen van een terroristisch misdrijf. Deze zware strafmaat zou een bijkomende ontmoediging kunnen vormen voor de dader om spontaan op zijn stappen terug te komen.

46. Ook op dit vlak heeft de strafwetgever dus afbreuk gedaan aan de objectivistische ruimte die traditioneel wordt gelaten voor een spontane terugtred en daardoor aan de klassieke Belgische pogingsleer.

4 De gulden middenweg?

47. De huidige onzekerheid die bestaat omtrent de kwalificatie van reizen als strafbare poging, is uitsluitend te wijten aan het feit dat de wetgever zelf heeft nagelaten duidelijke criteria voor de invulling van *'begin van uitvoering'* voorop te stellen. De invulling daarvan overlaten aan de rechters heeft geleid tot het introduceren van een gemengde objectivistisch-subjectivistische visie, die wellicht in staat is het juiste evenwicht te vinden tussen geoorloofd en ongeoorloofd strafrechtelijk tussenkomen. Een rechter zal de individuele omstandigheden van de zaak soeverein beoordelen en in het licht van de ernst ervan besluiten tot een strafbare poging van een terroristisch misdrijf, dat in zware dossiers zelfs mogelijk is wanneer de persoon nog niet naar het plaats-delict vertrokken is.

48. Dat artikel 140*sexies* Sw. noodzakelijk was om tegemoet te komen aan de internationaal en Europees opgelegde minimumstandaarden kan dan ook betwist worden, aangezien elk van de instrumenten beleidsruimte laat om rekening te houden met de ernst van de feiten voor de afbakening van de strafbaarheid. In de mate dat die beleidsruimte in twijfel getrokken wordt, is een expliciete vraag daarover aan de internationale en Europese regelgevers opportuun. Bovendien lijkt de meerwaarde van de nieuwe strafbaarstelling – die erin gelegen zou zijn met zekerheid bestraffing van reizen te verzekeren – eerder theoretisch van aard, indien rekening gehouden wordt met de aanzienlijke voorzichtigheid die van de opsporings- en vervolgingsautoriteiten verwacht wordt.

49. Naast de interpretatie van de materiële gedragingen die in aanmerking komen om te kunnen spreken over een strafbaar *'reizen met terroristisch oogmerk'* – waar de mogelijke conceptuele problemen opgevangen kunnen worden middels een erg strenge filtering van de dossiers – moet in het licht van de huidige strafbepalingen de bezorgdheid vooral uitgaan naar de strafmaat die opgenomen is. In het licht van de vergelijkende analyse met de strafbaarheid van de effectieve poging om een terroristisch misdrijf te plegen, is de strafmaat voorzien voor het *'reizen met terroristisch oogmerk'* niet houdbaar: het vertrek naar het buitenland wordt immers in sommige situaties strenger gestraft dan (de poging tot) het plegen van het terroristisch misdrijf zelf. Deze vroege én strenge strafbaarstelling is een gevaarlijke evolutie, waarbij de wetgever voldoende aandacht moet besteden aan de voorwaarden waaronder bestraffing mogelijk is en het bewijsmateriaal dat daarvoor vereist is. Ook het *de facto* verdwijnen van de stimulans tot spontane terugtred is een jammerlijk gevolg van de afzonderlijke strafbaarstelling.

50. Naast de twee in deze bijdrage geschetste wegen, te weten hetzij het reizen te bestraffen als poging hetzij het te bestraffen als een zelfstandig misdrijf, bestaat er vermoedelijk een gulden middenweg die beide wegen met elkaar kan verzoenen.

51. Een eerste mogelijke middenweg bestaat erin de strafmaat opgenomen in artikel 140*sexies* Sw. te herzien. Het verdient immers aanbeveling om de strafmaat te aligneren op de stafmaat voorzien voor de poging tot het beoogde misdrijf door rekening te houden met de ernst van het beoogde misdrijf. Op deze manier wordt vermeden dat het al dan niet bestraffen van 'reizen met een terroristisch oogmerk' uitsluitend wordt overgelaten aan de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de rechters, maar is toch vereist dat zekerheid dient te bestaan over het misdrijf dat de reiziger voor ogen had. In de mate dat op basis van dit vernieuwde zelfstandig misdrijf niet strafrechtelijk kan worden opgetreden, met name bij gebrek aan bewijzen, zou dan eventueel, indien de veiligheid dit vereist, ingegrepen kunnen worden op basis van verscheidene in te voeren maatregelen van bestuurlijke handhaving (De Ruyver, 2017).

52. Een tweede mogelijke middenweg bestaat erin het misdrijf te schrappen en voluit te gaan voor een toepassing van de – eventueel herziene – pogingsleer. Al eerder werd opgemerkt dat de ontwikkeling van preventief strafrecht door de introductie van onorthodoxe misdrijven de traditionele kernbegrippen uitholt (Verbruggen et al., 2004, 94). De vaststelling dat de introductie van nieuwe strafbaarstellingen de erosie van een aantal basisbeginselen tot gevolg heeft, doet de vraag rijzen of er geen nood bestaat aan een conceptuele herziening van de pogingsleer en ruimer, aan een herziening van het objectivistische gedachtegoed van het Belgische Strafwetboek. Vraagstukken rond de juridische figuren die het raamwerk

vormen voor het materieel strafrecht, hebben in het verleden – onder andere door de grotere uitdagingen die het moderniseren van het strafprocesrecht met zich bracht – nooit de aandacht gekregen die ze verdienen en terecht wordt opgemerkt dat *'amper iemand lijkt te beseffen welke voorbereidingshandelingen strafbaar geworden zijn, hoe of waarom dat gebeurde en hoeverre die strafbaarheid in de praktijk reikt'* (Verbruggen et al., 2004, 11 en 208). De door de Minister van Justitie vooropgestelde herwerking van het Strafwetboek[34] biedt alvast het vooruitzicht dat in de nabije toekomst een uitgebreid debat gevoerd zal worden naar de manier waarop de pogingsleer in het vernieuwde strafrecht vorm gegeven moet worden in het licht van andere basisprincipes zoals subsidiariteit en proportionaliteit, alsook de wenselijkheid en meerwaarde van uitzonderingen en correcties daarop voor specifieke misdrijftypes.

Bibliografie

Rechtsleer

BASTYNS, O. (2012). "La tentative: interruption volontaire ou involontaire?" (noot onder Cass. 23 mei 2012), *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1303-1308.

CESONI, M.L. (2013). "L'organisation criminelle" in BEERNAERT, M., BOSLY, H.D., CESONI, M.L., CLESSE, C., DE LA SERNA, I., DE POOTER, P., DE VALKENEER, C., GIACOMETTI, M., KUTY, F., MAGNIEN, P., MOREAU, T., RANERI, G., VAN DER EECKEN, N., VANDERMEERSCH, D. en WATTIER, I. (EDS.), *Les infractions, Volume 5, Les infractions contre l'ordre public*, Brussel, Larcier, 581-637.

COLLIN, F. (1948). *Strafrecht*, Brussel, Larcier, 1948, 305 p.

COLLIN, J. (2010). "La tentative" in X. (ED.), *Droit pénal et procedure pénale*, suppl. 25, 121-137.

Commissie Meijers, Notitie over Richtlijn terrorismebestrijding van de Commissie Meijers (CM 1602), www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1602_notitie_over_richtlijn_terrorismebestrijding.pdf.

CONSTANT, J. (1965). *Traité élémentaire de Droit Pénal: Principes généraux du droit pénal positif belge*, Luik, Imprimeries Nationales, 606 p.

DE NAUW, A. (1982). *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen*, Zwolle, Tjeenk Willink - Antwerpen, De Sikkel, 90 p.

DE NAUW, A. en DERUYCK, F. (1998). "Le droit pénal spécial belge à l'épreuve du crime organisé", *Revue internationale de droit pénal*, 165-243.

DE ROY, C. (2005-2006). "De strafbare poging als klassiek leerstuk in het raam van de hedendaagse strijd tegen het terrorisme" (noot onder Cass. 3 november 2004), *RW*, 1584-1585.

DE RUYVER, B. (2017). "Bestuurlijke handhaving van radicalisme, gewelddadig extremisme en terrorisme", in voorbereiding.

DE WAARD, R. (1992). "Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen", *NJB*, 213-220.

KEULEN, B.F. (2011). "Voorbereiding" in DERUYCK, F. en ROZIE, M. (EDS.), *Liber Amicorum Alain De Nauw: Het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 471-481.

KIGANAHÉ, D. (2001). "Réflexions autour du 'commencement' de la tentative punissable en droit pénal", in POULLET, Y. en VUYE, H. (EDS.), *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 215-240.

[34] Regeerakkoord van de federale regering van 1 december 2011, 141 en Algemene beleidsnota justitie, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2586/27, 16.

MOLS, G.P.M.F. en DE ROOS, TH.A. (1992). "Naar een algemene strafbaarheid van de voorbereidingshandeling", *NJB*, 221-225.

ONSEA, I. (1999). "Wet betreffende de criminele organisaties: een eerste effectieve stap in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit?", *Panopticon*, 278-286.

ROBINSON, P.H. en DARLEY, J.M. (1998). "Objectivist versus Subjectivis Views of Criminality : A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, 411-447.

ROZIE, J. (2015). "Is er nog ruimte voor vrijwillige terugtred bij het leerstuk van de strafbare poging?" (noot onder Assisen 22 maart 2013), *Nullum Crimen*, 141-148.

TULKENS, F. en VAN DE KERCKHOVE, M. (1999). *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer, 669 p.

VAN DEN WYNGAERT, C. (2014). Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – Boek I - Strafrecht, Antwerpen, Maklu, 560 p.

VANDERMEERSCH, D. (2015). *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel, die Keure, 873 p.
VANDROMME, S. en DE ROY C., (2006). "De strafbaarheid van voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen" in ARNOU, L., DELMULLE, J., DE NAUW, A., DE ROY, C., DERUYCK, F., GUENTER, S., HUYBRECHTS, L., MEESE, J., MENNES, I., SPRIET, B., STERKENS, M., STESSENS, G., VERMEULEN, G., VERSTRAETEN, R., TRAEST, P., VAN DEN WYNGAERT, C. en VANDROMME, S. (EDS.), *XXXIIe post-universitaire cyclus Willy Delva: Strafrecht en strafprocesrecht*, Mechelen, Kluwer, 507-564.

VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W. (1976). *Belgisch Strafrecht, II*, Gent, Story-Scientia, 1114 p.

VERBRUGGEN, F., PRAKKEN, E. en ROEF, D. (2004). *Voorbereidingshandelingen in het strafrecht*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 275 p.

VERBRUGGEN, F. en VERSTRAETEN, R. (2011), *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Maklu, 365 p.

Rechtspraak

Corr. Mechelen 23 december 2005, *T.Strafr.* 2006, 155, noot.