

Dossiernummer: 2010.0743

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN
Griffienummer: S 10/02557 U
Rechtsdag: 26 oktober 2010

SCHRIFTUUR HOUDENDE DRIE MIDDELEN VAN CASSATIE
Van: mr. B. Stapert

In de zaak van:

verzoeker tot cassatie van de op 31 mei 2010 onder parketnummer 10/605066-09 (appelnr. 10/1231) gedane uitspraak van de rechtbank te Rotterdam op het verzoek van de autoriteiten van de Verenigde Staten van Amerika tot uitlevering van verzoeker.

MIDDEL I

1. Het recht – in het bijzonder art. 5 Uitleveringswet en art. 2 en 28 van het Uitleveringsverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika – is geschonden en/of naleving is verzuimd van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormvoorschriften, doordat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat voldaan is aan het vereiste van dubbele strafbaarheid, althans doordat de rechtbank haar beslissing onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende heeft gemotiveerd, in het bijzonder omdat is nagelaten – in strijd met het specialiteitsbeginsel – om een voldoende concrete beslissing te nemen ten aanzien van het vereiste van dubbele strafbaarheid, en/of doordat de rechtbank het verweer dat aan het vereiste van dubbele strafbaarheid niet is voldaan ten onrechte heeft verworpen, althans doordat de rechtbank haar beslissing op dit verweer onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende heeft gemotiveerd hoewel daartoe wel gehouden ingevolge art. 28 Uw.
- 2 Toelichting
 - 2.1 De rechtbank heeft geoordeeld dat is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid. Die beslissing van de rechtbank is onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd omdat de rechtbank nalaat – in strijd met het specialiteitsbeginsel – om een voldoende concrete beslissing te nemen ten aanzien van het vereiste van dubbele strafbaarheid en om expliciet op het ter zitting gevoerde verweer in te gaan. Tevens heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat aan de dubbele strafbaarheid is voldaan, ondanks een verweer te dien aanzien.
 - 2.2 De rechtbank mag volstaan met de vermelding van de toepasselijke wets- en verdragsartikelen. Aan die vermelding moet echter wel de eis worden gesteld – ingevolge het specialiteitsbeginsel – dat die opsomming een begrijpelijke en concrete beslissing inhoudt. Dat geldt voor de uitspraak van de rechtbank niet. In de eerste plaats laten de verschillende opsommingen van artikelen teveel varianten open. Zo is

één van de mogelijkheden onder het vijfde feit, zoals genoemd in de uitspraak, dat de in het uitleveringsverzoek genoemde materiele feiten zouden kunnen opleveren: de poging tot het doen plegen van het opzettelijk verschaffen van een plaats voor wederrechtelijke vrijheidsberoving (art. 45 lid 1 jo. 47 lid 1 sub 1, 282 lid 1 en 4 Sr). Hetzelfde geldt voor de artikelen onder de andere vier feiten; bijvoorbeeld ter zake van feiten drie en vier waar art. 96 lid 1 Sr tevens staat vermeld. Onder feiten één en twee staat het medeplegen van moord tevens genoemd. Voor elk van deze voorbeelden geldt dat in het uitleveringsverzoek geen materiele feiten beschikbaar zijn die een dergelijke kwalificatie rechtvaardigen. Omdat de uitspraak van de rechtbank die varianten wel open laat, is dat deel van de uitspraak onvoldoende, dan wel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

- 2.3 En/of de rechtbank heeft ten onrechte op het verweer niet beslist, dan wel niet gemotiveerd beslist. Ter zitting, op 22 februari 2010 en 17 mei 2010, heeft verzoeker bij monde van zijn raadsman uitdrukkelijk en uitgebreid verweer gevoerd ten aanzien van de dubbele strafbaarheid. Ten onrechte heeft de rechtbank op dit verweer niet beslist althans heeft die beslissing niet gemotiveerd. De rechtbank was tot die beslissing althans de motivering van die beslissing wel gehouden ingevolge art. 28 Uw.
- 2.4 En/of de rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat aan het vereiste van dubbele strafbaarheid is voldaan. Ter beide zittingen heeft de raadsman van verzoeker verweer gevoerd ten aanzien van de dubbele strafbaarheid. De kern van de stelling in de pleitnota's is dat de materiele feiten van het uitleveringsverzoek niet voldoen voor de subjectieve bestanddelen die deel uitmaken van de delictsomschrijvingen, onvoltooide delictsvormen en deelnemingsvormen van de artikelen die de rechtbank toepasselijk achtte. Die materiele feiten zijn in samenvatting opgenomen in de pleitnota voor de zitting van 22 februari 2010, nr. 21-28. Uitgangspunt van de toetsing omtrent de dubbele strafbaarheid zijn die materiele feiten.

“Het onderzoek naar de strafbaarheid van de concrete gedraging veronderstelt dat in de uiteenzetting van de feiten alle elementen kunnen worden teruggevonden die in een delictsomschrijving in het recht van de verzoekende staat of de verzochte staat zijn opgesomd. Dit geldt niet alleen voor de gedraging zelf maar bijvoorbeeld ook voor de subjectieve en de objectieve omstandigheden waaronder het feit werd begaan of voor bijkomende voorwaarden voor strafbaarheid.” (A.H.J. Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1986, p. 142)

De uitleveringsrechter dient vast te stellen of die feiten onder een Nederlandse strafbepaling te brengen zijn. Voor het samenstel van feiten is dat niet mogelijk omdat uit die feiten niet blijkt van enige vorm van opzet op de grondfeiten zoals die zijn vermeld. In de pleitnota is daaromtrent het volgende naar voren gebracht:

- “47. Ik merk daarbij in eerste instantie het volgende op. In het vervolg van mijn pleidooi zal ik verschillende artikelen uit het wetboek van strafrecht behandelen. Daarbij is in elk artikel een subjectief vereiste gesteld. Soms is opzet nodig, soms geldt opzet als ingeblikt in de handeling en soms is oogmerk nodig. Culpose delicten behandel ik niet omdat het uitleveringsverzoek daar niet op ziet. Het zal u in dit pleidooi

opvallen dat ik keer op keer tot de vaststelling kom dat aan het opzetvereiste niet voldaan is, in welke vorm dan ook. Ik vind het nodig wel steeds een aparte bespreking op te nemen per feit vanwege de verschillende verschijningsvormen, maar ook omdat de opzetregel leidt tot verschillende bestanddelen waarop opzet ziet. Op dit punt past dan ook de algemene opmerking dat het uitleveringsverzoek op geen enkele wijze omschrijft dat aan het vereiste opzet - in welke vorm dan ook - voldaan is. Dat is ook niet vreemd. Wanneer ik de Amerikaanse strafbepalingen bezie, valt mij op dat de Amerikaanse anti-terrorisme bepalingen slechts in beperkte mate met subjectieve bestanddelen werken. Hetgeen een gevolg lijkt te zijn van de wil van de Amerikaanse wetgever om een sterke instrumentele werking aan die wetgeving mee te geven. Het Nederlandse strafrecht hecht in die zin meer waarde aan de eis dat elk misdrijf in het Nederlandse strafrecht een subjectief element in zich moet houden.

[..]

51. Voor veroordeling voor deelneming aan de terroristische organisatie is daarmee vereist dat de verdachte kennis droeg van het oogmerk van de organisatie om terroristische misdrijven te plegen. Niet noodzakelijk is dat er werkelijk terroristische misdrijven zijn gepleegd. Vereist is slechts dat verdachte in zijn algemeenheid kennis droeg van het naaste doel van de organisatie om terroristische misdrijven te plegen.
52. Ik wil tevens kort ingaan op hetgeen bepaald is in art. 289a lid 2 Sr. Deze schakelbepaling verklaart van overeenkomstige toepassing art. 96 lid 2 Sr. In dat lid staat een aantal handelingen omschreven dat strafbaar is wanneer zij het plegen van art. 289a lid 1 door anderen als naaste doel hebben. Strafbaar is dus het oogmerk tot het plegen van een misdrijf met terroristisch oogmerk. In het vervolg van mijn pleidooi zal ik nader ingaan op het ontbreken van opzet in verschillende verschijningsvormen. Dat ontbreken van opzet zal ook voor dit artikel hebben te gelden, zodat het niet van toepassing kan zijn in de onderhavige zaak.

[...]

54. Daarnaast [ten aanzien van art. 140a Sr, *adv*] tref ik nergens in het verzoek aan dat verdachte van dergelijke feiten – aangenomen dat die zijn gepleegd of dat daartoe een plan bestond – enige kennis zou hebben gehad. Verdachte zou met personen hebben gesproken die uiteindelijk naar Somalië zijn gegaan. Hij zou hen financieel ondersteund hebben en beloofd hebben dat ook te doen wanneer zij in Somalië zouden verblijven. Het feit dat een beperkt aantal van die personen uiteindelijk betrokken was bij zelfmoordaanslagen, is onvoldoende om vast te stellen dat verdachte ook kennis had van het doel van de organisatie. In het verzoek is tevens te lezen dat verdachte geld zou hebben geleverd voor de aankoop van aanvalsgeweren (AK-47). Dat hij daarbij betrokken was, althans dat hij zou hebben geweten dat het geld

daarvoor gebruikt zou worden, acht ik op zichzelf al zeer te betwisten. We moeten hier echter het verzoek tot uitgangspunt te nemen. Juist ook hier geldt dat als verdachte bij die transactie betrokken was, daaruit evenmin blijkt dat verdachte kennis had van het doel om met die wapens terroristische misdrijven te plegen. Opvallend is op dit punt ook dat het verzoek in het ongewisse laat wat nu precies de terroristische activiteiten van Al-Shabaab zijn. We moeten toch aannemen dat de Amerikaanse aanklager bij terroristische misdrijven doelt op de zelfmoordaanslagen (waarover ook de vorige paragraaf). Het valt dan op dat bij dergelijk acties de aanvalsgeweren van weinig nut zijn. Als de geweren zijn gekocht zullen die mogelijk ingezet zijn bij de strijd tegen de Ethiopische troepen en juist van die acties meen ik dat die geenszins als terroristisch misdrijf kunnen worden aangemerkt. Bovendien is uit nieuwsrapportages duidelijk dat de eerste zelfmoordaanslag pas in oktober 2008 plaatsvond.

60. Art. 80 Sr omschrijft de samenspanning naar Nederlands recht: “Samenspanning bestaat zodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen.” [...] De feiten in het verzoek voldoen echter niet eens aan die lage eis om de redenen die ik eerder beschreef. Aangezien het verzoek de noodzakelijk feitelijke steun moet bieden voor de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht, moet ik hier concluderen dat van strafbare samenspanning geen sprake kan zijn aangezien een dergelijke vaststelling iedere feitelijke grondslag ontbeert.

[...]

62. *Werving*: De kern van het verwijt dat in art. 205 Sr besloten ligt is dat een persoon wervingsactiviteiten met het oog op deelneming aan die gewapende strijd ontplooit en daarbij er ook in slaagt bij die andere personen de wil te doen ontstaan om aan een gewapende strijd deel te nemen. Met andere woorden, drie elementen zijn noodzakelijk om te voldoen aan de werving: i) handelingen die kunnen leiden tot werving, ii) het opzet om die andere personen te werven iii) en het bestaan van een gewapende strijd waarvan de werver kennis heeft en wil dat de geworvene daaraan deelneemt. Ad. ii: opnieuw moet het uitleveringsverzoek als primaire feitelijke basis dienen voor de beoordeling van de dubbele strafbaarheid. Uit dat verzoek blijkt geenszins dat verdachte het vereiste opzet had om door zijn geldelijke steun de ontvangers van dat geld aan te zetten deel te nemen aan een gewapende strijd in Somalië. Het verzoek stelt immers nergens dat verdachte alleen al wist dat personen die onder deze omstandigheden naar Somalië vertrokken daar ook handelingen zouden verrichten in de strijd tegen de Ethiopische troepen. Daarnaast kan uit het geven van geldelijke steun dat opzet evenmin blijken. Dat geldt met name omdat het verzoek ervan uit lijkt te gaan dat de financiële steun gericht was op de reis naar Somalië en steun voor het verblijf daar. Er blijkt niet dat het geld zou worden ingezet voor andere doelen. Slechts op één punt blijkt

dat wel: nl. waar het verzoek stelt dat verdachte geld zou hebben geleverd ten behoeve van de aankoop van aanvalsgeweren. Daar kan echter geen sprake zijn van werving omdat niet is gebleken dat verdachte daarmee andere personen zou hebben geworven voor die strijd. Aangenomen moet worden dat die wapens zijn geleverd aan personen die reeds de wil hadden om te vechten. [...] Ad. iii: voorts is van belang enige aandacht te schenken aan de term 'gewapende strijd' (van een vreemde krijgsmacht kan niet gesproken worden). Het opzetvereiste dat onder ii. besproken werd moet immers ook op die gewapende strijd gericht zijn. De werver moet dus de intentie hebben te werven voor die gewapende strijd. Daarvoor is op zijn minst noodzakelijk dat de werver kennis heeft van gevechtshandelingen die de geworven personen zouden gaan ondernemen. Daarvan is in dit geval – zoals reeds gesteld onder ii. – geen sprake. Ik merk daarbij ook opnieuw op dat verdachte kennelijk geen kennis had van de training die personen die naar Somalië reisden voor de gewapende strijd moesten doorgaan. Het ligt mijns inziens voor de hand dat een werver de geworvenen linea recta naar een trainingskamp stuurt. Dat deed Omar niet en hij heeft daar, blijkens het verzoek, ook geen kennis van gehad.

[...]

67. *Plegen*: het verzoek stelt niet dat verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt aan enig strafbaar feit als moord, doodslag, mishandeling etc. Van een zelfstandig plegen van dergelijke feiten kan daarom geen sprake zijn. Ik heb dat al eerder opgemerkt.
68. *Doen plegen*: in het verzoek wordt niet het standpunt ingenomen dat verdachte via personen in Somalië strafbare feiten zou hebben gepleegd. Deze vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan reeds worden uitgesloten op grond van het volgende. Voor doen plegen is noodzakelijk dat de tussenpersoon niet gestraft kan worden. Dit is de thans geldende interpretatie van de Hoge Raad die sinds het Melk en water-arrest wordt gebezigd. Van tussenpersonen die beroep kunnen doen op een schulditsluitingsgrond is hier geen sprake, althans het verzoek omschrijft daaromtrent niets.
69. *Medeplegen*: men kan zich afvragen of verdachte naar Nederlands recht niet strafbaar zou zijn voor medeplegen van handelingen die terroristische misdrijven zouden zijn. Het gaat dan om zaken als moord, doodslag, zware mishandeling etc. Om schuldig te zijn aan het medeplegen van die en dergelijke feiten moet sprake zijn van bewuste en nauwe samenwerking bij de uitvoering van het strafbare feit. Vereist is tevens dat van opzet sprake is, dat wil zeggen: de medepleger moet enige kennis hebben van het doel van het samenwerkingsverband en hij moet dat doel op zijn minst geaccepteerd hebben. In het onderhavige geval wordt niet aan die criteria voldaan. Uit het verzoek blijkt geenszins dat verdachte nauw heeft samengewerkt om genoemde feiten te bewerkstelligen. Over afspraken of een stilzwijgende samenwerking is niets gesteld en daarnaast blijkt niet dat verdachte enige kennis had – ook geen algemene kennis – van het doel van een dergelijk

samenwerkingsverband. Verdachte heeft dus – aangenomen dat de genoemde strafbare feiten hebben plaatsgevonden – onvoldoende met de personen die naar Somalië gereisd zouden zijn, samengewerkt om te kunnen spreken van een nauwe en bewuste samenwerking die medeplegen oplevert.

70. *Uitlokking*: uitlokking vereist dat de uitlokker de uitgelokte heeft gebracht tot het plegen van het feit. In het onderhavige geval zou het dan om moord, doodslag, zware mishandeling etc. moeten gaan. Het opzet van de uitlokker moet gericht zijn op het plegen van die feiten door de uitgelokte. Daartoe zet de uitlokker middelen in en ten aanzien van die middelen geldt tevens een opzetvereiste: de middelen moeten ertoe dienen de ander uit te lokken tot het specifieke feit. In het onderhavige geval verzet opnieuw die dubbele opzeteis zich tegen strafbaarheid. Ook hier vermeldt het verzoek geenszins dat er bij verdachte kennis aanwezig was van de feiten die de personen waarmee hij contact heeft gehad zouden gaan plegen. Ook blijkt uit het verzoek niet dat gelden die hij ter beschikking heeft gesteld of de gesprekken bedoeld waren om die personen tot het geweld aan te zetten. Ook de figuur van uitlokking biedt daarmee onvoldoende grond voor de stelling dat aan de dubbele strafbaarheid is voldaan.
71. *Poging*: van poging tot de feiten als moord, doodslag, zware mishandeling etc. kan bezwaarlijk sprake zijn. Immers, de vermeende geldelijke steun en gesprekken zouden dan als uitvoeringshandeling moeten worden gekwalificeerd. Dat kan niet het geval zijn. Immers, uit de geldelijke steun en gesprekken kan geen opzet worden afgeleid op zware misdrijven als moord. Het opzet van verdachte kan zich blijkens de gestelde feiten niet zo ver uitstrekken.”

Zoals in de pleitnota ook reeds omschreven dienen de materiele feiten uit het uitleveringsverzoek ook wat betreft de subjectieve bestanddelen naar Nederlands recht te worden getoetst. Die feiten voldoen voor ieder van de door de rechtbank gehanteerde artikelen niet. Daarom heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat aan het vereiste van art. 5 Uw en art. 2 en 28 van het Uitleveringsverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika is voldaan.

2.5 De bestreden uitspraak kan daarom niet in stand blijven.

MIDDEL II

1. Het recht – in het bijzonder art. 28 en 29 Uitleveringswet en art. 281, 328, 330 en 331 Sv – is geschonden en/of naleving is verzuimd van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormvoorschriften, doordat de rechtbank ten onrechte niet heeft beslist op het ter zitting gedane verzoek tot aanhouding, althans (ingeval het voorgaande onderdeel niet tot cassatie kan leiden) doordat de rechtbank haar beslissing op dit verweer onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende heeft gemotiveerd, en/of doordat de rechtbank ten onrechte het verzoek tot aanhouding heeft afgewezen, althans doordat de rechtbank de afwijzing van dit verzoek onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende heeft

gemotiveerd; dit klemmt in het bijzonder nu de United States Supreme Court tot ongrondwettigheid had kunnen oordelen en de bestreden artikelen dan nietig zouden zijn verklaard dan wel vernietigd.

2 Toelichting

- 2.1 Namens verzoeker is tijdens de zitting van d.d. 17 mei 2010 verzocht tot aanhouding van de zitting teneinde de uitspraak van het United States Supreme Court af te wachten. Een aantal van de Amerikaanse wetsartikelen waren ten tijde van de zitting onderwerp van constitutionele toetsing zodat – ingeval het U.S. Supreme Court tot ongrondwettigheid zou oordelen en de bestreden artikelen nietig zou verklaren dan wel vernietigen – een deel van de wettelijke grondslag naar Amerikaans recht aan het uitleveringsverzoek zou komen te ontvallen (p. 2-3 van de pleitnota d.d. 17 mei 2010). Het verzoek is herhaald in de conclusie bij voornoemde pleitnota.
- 2.2 De uitspraak van 31 mei 2010 noch het proces-verbaal van de zitting van 17 mei 2010 maakt melding van een beslissing op het gedane verzoek, zodat de krachtens art. 330 Sv voorgeschreven vorm die – op straffe van nietigheid – dient te worden nageleefd, is geschonden.
- 2.3 En/of, voor zover de rechtbank de volgende opmerking heeft bedoeld als beslissing op het verzoek:

“[e]venmin is van belang de stelling van de raadsman van de opgeeiste persoon dat het begrip “material support” thans voorwerp zou zijn van een (constitutionele) toetsing door de Amerikaanse Supreme Court. Het verzoek tot uitlevering moet namelijk mede worden beoordeeld aan de thans relevante geldende wetgeving van de Verenigde Staten van Amerika. Het enkele feit dat een (onderdeel van een bepaalde) wetstekst voorwerp is van rechterlijke toetsing maakt dat niet anders” (bestreden uitspraak van 17 mei 2010, p. 2-3):

de beslissing van de USSC omtrent de grondwettigheid had kunnen leiden tot een vernietiging van een aantal van de bepalingen die aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggen. De dubbele strafbaarheid was dan al op die grond (deels) aan het verzoek komen te ontvallen. Op die grond had de rechtbank de zitting moeten aanhouden teneinde uitspraak van het USSC af te wachten. De rechtbank was immers verplicht tevens de strafbaarheid naar Amerikaans recht vast te stellen.

- 2.4 De bestreden uitspraak kan daarom niet in stand blijven.

MIDDEL III

1. Het recht – in het bijzonder art. 5 en 18 Uitleveringswet en art. 2 en 9 van het Uitleveringsverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika – is geschonden en/of naleving is verzuimd van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormvoorschriften, doordat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat voor de beoordeling van de dubbele strafbaarheid een procedure waarin de wetsartikelen (die de verzoekende staat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag legt) constitutioneel getoetst werden, niet relevant is, althans doordat de rechtbank

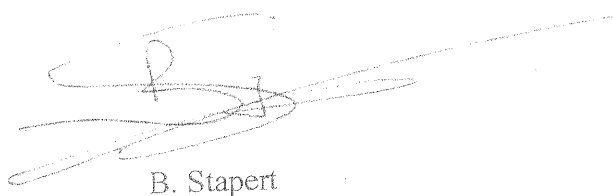
haar beslissing onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende heeft gemotiveerd, en/of de rechtbank heeft onjuist gemotiveerd geoordeeld dat de stukken genoegzaam waren door te oordelen dat voornoemde constitutionele toetsing niet relevant is.

2 Toelichting

- 2.1 Raadsman van verzoeker heeft ten overstaan van de rechtbank bepleit dat de stukken houdende het uitleveringsverzoek ongenoegzaam waren. Daarbij werd in het bijzonder gesteld dat de Amerikaanse autoriteiten in de aanvulling bij het uitleveringsverzoek melding hadden moeten maken van de procedure bij het United States Supreme Court. De rechtbank oordeelde dat die procedure voor de uitleveringsprocedure niet relevant is.
- 2.2 Dat oordeel is onjuist. Bij de toetsing van het de toelaatbaarheid van de uitlevering is van belang dat de feiten waarvoor uitlevering wordt gevraagd naar het recht van beide staten – verzoekende en verzochte – strafbaar is. Daarmee eisen het verdrag en de Uitleveringswet wel degelijk dat ook de concrete strafbaarheid naar Amerikaans recht wordt getoetst. In elk geval is te allen tijde van belang of de wetsartikelen die de verzoekende staat aan zijn verzoek ten grondslag legt nog kracht van wet hebben of dat zij vernietigd zijn of dreigen te worden.
- 2.3 De rechtbank oordeelde daarom ten onrechte dat de genoemde procedure niet relevant is. Tevens is dat oordeel onjuist, onvoldoende en/of onjuist gemotiveerd omdat die motivering in zijn geheel ontbreekt.
- 2.4 De bestreden uitspraak kan daarom niet in stand blijven.

Deze schriftuur wordt ondertekend en ingediend door mr. B. Stapert, advocaat te Amsterdam, die verklaart daartoe door verzoeker bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd.

Amsterdam, 25 oktober 2010



B. Stapert