

Rechtbank Rotterdam

Zitting d.d. 17 mei 2010

Parketnummer UTL – I - 2009056376

PLEITAANTEKENINGEN (2^e zitting)

van mr. B. Stapert en Prof. C. P. Erlinder

ter zake van het uitleveringsverzoek van de
Verenigde Staten van

M.S.O.

thans verblijvend in PI Vught

Inleiding

1. Naar aanleiding van de eerdere behandeling van deze zaak wees u op 8 maart jl. een tussenvonnis, waarin aan de Amerikaanse autoriteiten op een aantal specifieke punten nadere informatie werd verzocht. Daarop is gereageerd en de verdediging heeft de gelegenheid gehad om die aanvullende stukken te bestuderen.
2. Vandaag staat de vraag centraal of de aangeleverde informatie toereikend is (en daarmee de stukken genoegzaam) om te bepalen of de uitlevering toelaatbaar kan worden geacht. Een van de centrale rechtsvragen daarbij is die van de dubbele strafbaarheid ten aanzien van de aan M.S.O. ten laste gelegde feiten. Tijdens de vorige zitting heb ik reeds betoogd dat een toetsing van de door de Amerikaanse autoriteiten genoemde feiten niet kan leiden tot strafbaarheid onder het Nederlandse recht, zodat aan het vereiste van dubbele strafbaarheid niet is voldaan. De aanvulling van het uitleveringsverzoek maakt het mogelijk dat verweer nog nader te onderbouwen en uit te breiden.
3. In aanvulling op mijn pleidooi van 22 februari zal ik vandaag bepleiten dat niet alleen de stukken nog steeds onvolledig en daarmee niet genoegzaam zijn, maar ook dat op

basis van de op dit moment bij de rechtbank voorliggende informatie moet worden geconcludeerd dat er in deze zaak geen sprake is van dubbele strafbaarheid. De uitlevering dient dan ook ontoelaatbaar te worden verklaard.

Aanvullende Amerikaanse informatie

4. De door de zaaksofficier (Assistant U.S. Attorney William Anders Folk) namens de Amerikaanse autoriteiten aangeleverde informatie is onvolledig. Er ontbreekt belangrijke informatie over de mogelijke ongrondwettigverklaring van een van de strafbepalingen waarop het verzoek rust en met betrekking tot de op te leggen straf zou mogelijk een onjuiste suggestie kunnen worden gewekt en is onvoldoende garantie gegeven dat de doodstraf niet zal worden opgelegd. Daarnaast is er ook mét de aanvullende informatie nog steeds op een aantal punten onduidelijkheid over de exacte uitleg van de strafbepalingen waaronder M.S.O. is aangeklaagd.

De wetsbepalingen van de aanklacht tegen M.S.O. zijn onderwerp van een grondwettelijke toets door het Amerikaanse Hooggerechtshof en kunnen komen te vervallen

5. De reactie van de Amerikaanse autoriteiten is op één punt opvallend onvolledig. Er wordt namelijk geen melding gemaakt van het feit dat de bepalingen met betrekking tot het verlenen van *material support*, die het wezenlijke fundament vormen voor het uitleveringsverzoek (4 van de 5 ten laste gelegde feiten), op dit moment onderwerp zijn van een zaak die aanhangig is bij het Amerikaanse Hooggerechtshof (*United States Supreme Court*). De zaak wordt niet genoemd in de oorspronkelijke Amerikaanse stukken, noch in de aanvullende reactie. Indien het Hooggerechtshof echter besluit dat deze bepalingen in strijd zijn met de Amerikaanse Grondwet, vervalt daarmee het grootste deel van de rechtsgrond voor de vervolging van M.S.O.. Derhalve dient de (verdere) behandeling van dit uitleveringsverzoek minimaal te worden aangehouden totdat het Hooggerechtshof uitspraak heeft gedaan, hetgeen in principe vóór 30 juni aanstaande zal plaatsvinden.
6. De betreffende zaak is *Holder v. Humanitarian Law Project* en is aangespannen door een groep organisaties en individuen die verschillende vormen van humanitaire hulp

verleenden aan groeperingen als de PKK en LTTE (Tamil Tijgers), beide door de Amerikaanse autoriteiten aangemerkt als buitenlandse terroristische organisaties. Het is een vorm van *impact litigation*, bedoeld om een bepaalde wettelijke bepaling aan de Amerikaanse Grondwet te toetsen. Specifiek wordt in de procedure geklaagd dat verschillende onderdelen van de strafbaarstelling van het verlenen van *material support* (18 U.S. Code §2339A en §2339B) zodanig vaag en breed zouden zijn geformuleerd dat ze in strijd zijn met de Amerikaanse Grondwet. Deze zaak is in eerste instantie door de feitenrechtbank (U.S. District Court) behandeld, daarna door het federale beroepscollege (Ninth Circuit Court of Appeals) en nu op verzoek van de Obama-regering aanhangig bij het Hooggerechtshof. Op 23 februari jl. is de zaak bepleit (*oral argument*) en een uitspraak van het Hof wordt nog voor het zomerreces verwacht. Als bijlagen overleg ik de uitspraak van het federale beroepscollege, een samenvatting van de zaak van de website van een van de vooraanstaande rechtenfaculteiten en *court watchers* en een verslag van het pleidooi in de zaak, waarnaar ik ook later in mijn pleidooi nog zal verwijzen.

7. Hoewel de zaak zich deels richt op onderdelen van de term *material support* die niet aan M.S.O. ten laste zijn gelegd, zoals het verlenen van *service, training of expert assistance*, wordt ook de bepaling die het verschaffen van *personnel* strafbaar stelt door het Hooggerechtshof getoetst. M.S.O. wordt mede onder die bepaling aangeklaagd en derhalve is de uitkomst van deze zaak van directe relevantie voor het uitleveringsverzoek. Ik verzoek u dan ook de zaak aan te houden totdat het Hooggerechtshof arrest heeft gewezen.

De sentencing guidelines zijn weliswaar advisory, maar worden in de praktijk meestal gevolgd

8. In het uitleveringsverzoek staat niets vermeld over de te verwachten strafmaat na uitlevering. Terecht heeft u in uw tussenvonnissen die onvolledigheid opgemerkt en aanvullende informatie verzocht. In die documentatie van de Amerikaanse autoriteiten wordt een uitleg gegeven over de toepasselijke straftoemeteringscriteria indien M.S.O. voor alle feiten veroordeeld zou worden. Daarbij komt de *Assistant U.S. Attorney* volgens de richtlijnen uit op een levenslange gevangenisstraf. Gesteld wordt dat de richtlijnen slechts adviserend zouden zijn en dat de rechter daarvan kan afwijken.

Hoewel als zodanig juist, dient bij deze opmerking als kanttekening te worden geplaatst dat federale rechters in de praktijk slechts in zeer uitzonderlijke situaties afwijken van de richtlijnen. Indien veroordeeld zal M.S.O. zeer waarschijnlijk de rest van zijn leven verblijven in een zogenaamde Supermax, een maximaal beveiligde gevangenis, waarbij hij als verdachte en wellicht later veroordeelde voor terroristische activiteiten ook nog eens onder de bijzonder beperkende *Special Administrative Measures* zal worden gedetineerd. Een verzoek om op basis van een dreigende schending van artikel 3 EVRM niet tot uitlevering over te gaan zal dan ook, indien noodzakelijk, later in deze procedure worden ingediend bij de Minister van Justitie.

De verklaring dat M.S.O. op basis van de huidige aanklacht niet in aanmerking zou komen voor de doodstraf is onvoldoende garantie dat de doodstraf niet zou kunnen worden gevraagd.

9. In de aanvullende verklaring van de Amerikaanse overheid staat vermeld dat M.S.O. op basis van de huidige aanklacht niet in aanmerking zou komen voor de doodstraf. Op basis van artikel 8 van de Uitleveringswet kan Nederland niet uitleveren voor een delict waarop de doodstraf is gesteld, in ieder geval niet zonder de garantie dat indien opgelegd deze straf niet ten uitvoer zou worden gebracht. De bijna terloopse opmerking van de zaakofficier in de aanvullende stukken is onvoldoende om als een dergelijke garantie te kunnen dienen. Derhalve verzoekt M.S.O. u om op dit punt een expliciete garantie te vragen van de Amerikaanse autoriteiten.

Er bestaan nog steeds onduidelijkheden over de specifieke betekenis van bepalingen die ten grondslag liggen aan het uitleveringsverzoek

10. Ook met de aanvulling van de zaakofficier is een aantal onduidelijkheden over de Amerikaanse wetsbepalingen dat ten grondslag ligt aan het uitleveringsverzoek nog steeds niet opgelost. Daarmee is het verzoek nog steeds onvolledig en is een zorgvuldige toetsing van de dubbele strafbaarheid nog steeds niet mogelijk.

18 U.S.C. §956

11. Het verzoek en de bijbehorende documenten laten onduidelijkheid bestaan over het precieze verwijt zoals geformuleerd onder 18 U.S.C. §956. Dat betreft in de eerste plaats het gebruik van de termen 'kill' en 'murder'. Zo wordt op pagina 10 van het

verzoek gesproken over ‘kill’, op pagina 12 over zowel ‘kill’ als ‘murder’ en op pagina 14 weer slechts over ‘kill’. Hetzelfde geldt voor de indictment waar op pagina 1, 2 en 5 over ‘kill’ wordt gesproken. De aanvulling, pagina 8 en 9, bevat dezelfde ambiguïteit. Dit is van belang omdat de tekst van 18 U.S.C. §956 slechts spreekt van ‘murder’ waarvoor een hogere bewijslast geldt dan voor de ‘kill’. Dit probleem komt overigens ook terug bij de ‘injure’ welke in de tekst van de wet ook niet voorkomt. Zowel ‘kill’ als ‘injure’ komen voor in het kopje boven het artikel, maar die lijken, mede gelet op de door de Amerikanen aangehaalde uitspraak van het Hooggerechtshof over de ‘heading’ niet van belang. Het wekt bevreemding dat de aangeleverde documenten deze termen zo wisselend gebruiken en het roept vragen op omtrent de exacte juridische basis van het verwijt dat M.S.O. wordt gemaakt.

12. In de tweede plaats zijn de aangeleverde documenten onduidelijk over de relevantie van 18 U.S.C. §956(b), waarin wordt bepaald:

“Whoever, within the jurisdiction of the United States, conspires with one or more persons, regardless of where such other person or persons are located, to damage or destroy specific property situated within a foreign country and belonging to a foreign government or to any political subdivision thereof with which the United States is at peace, or any railroad, canal, bridge, airport, airfield, or other public utility, public conveyance, or public structure, or any religious, educational, or cultural property so situated, shall, if any of the conspirators commits an act within the jurisdiction of the United States to effect any object of the conspiracy, be imprisoned not more than 25 years.”

13. Nu eens wordt 18 U.S.C. §956 genoemd, dan weer 18 U.S.C. §956(a)(1). Zie bijvoorbeeld de verschillen tussen pagina 6, 7, 10, 12, 14 en 16 van het verzoek, pagina 1, 2 en 4 van de indictment en pagina 8 en 11 van de aanvulling. Daarmee ontstaat de vraag of de Amerikanen voornemens zijn ook voor 18 U.S.C. §956(b) te vervolgen en in hoeverre dit reeds onderdeel uitmaakt van de huidige indictment. Hetgeen daarbij zorgen baart is het gebruik van ‘*with which the United States is at peace*’ als criterium voor aansprakelijkheid. Dit is immers niet alleen onduidelijk ten aanzien van Somalië in de relevante periode, maar moet daarnaast ook worden gezien als een politiek criterium welke in het Nederlandse strafrecht moeilijk een positie kan krijgen.

Aiding and abetting

14. Tevens is het mij opgevallen dat onder *count* 4 van de indictment gesproken wordt van *aiding and abetting* terwijl ook dit in de andere stukken niet voorkomt. In bijlage 4 van het uitleveringsverzoek (de lijst van relevante bepalingen) is het relevante artikel hieromtrent wel opgenomen, maar onduidelijk blijft in de andere stukken welke rol dit element nu precies speelt. Dat lijkt mij overigens wel een belangrijke vraag aangezien *aiding and abetting* een verandering aanbrengt in de aard van het verwijt en de bewijslast.

De samenspanning

15. Op verschillende punten wordt M.S.O. verweten onderdeel te zijn geweest van een samenspanning of daar steun aan te hebben verleend. Het blijft echter in alle documentatie steeds onduidelijk welke samenspanning de Amerikaanse autoriteiten nu precies op het oog hebben. De relevantie hiervan moet gezocht worden in de toetsing van de dubbele strafbaarheid. Immers, voor die toetsing is het van belang welke organisaties of groepen de Amerikaanse wet in de strafbaarheid betreft. Slechts op die wijze kan tot een scherp vergelijk worden gekomen.
16. Samenvattend kan worden geconcludeerd dat er nog steeds onvolledigheid bestaat over de uitleg van een aantal van de exacte wetsbepalingen die de grondslag vormen voor dit uitleveringsverzoek. Daarnaast zijn de bepalingen die het meest fundamenteel lijken onderwerp van een grondwettelijke toets en wellicht binnenkort ongrondwettig worden verklaard. Op die manier kan zelfs met het volledige vertrouwen in elkaars rechtssysteem van een zorgvuldige beoordeling van een uitleveringsverzoek geen sprake zijn. Derhalve dient het verzoek ontoelaatbaar te worden geacht.

Toetsing dubbele strafbaarheid

17. Die onduidelijkheid wreekt zich het meest bij de toetsing van de dubbele strafbaarheid, die de Uitleveringswet aan u opdraagt. Tijdens de vorige zitting stelde ik reeds dat het uitleveringsverzoek geen aandacht besteedt aan omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat aan welk subjectief bestanddeel dan ook – binnen het kader van de feiten als omschreven in het uitleveringsverzoek – is voldaan. Voorts heb ik concreet weergegeven welke overwegingen hiertoe leiden voor elk delict op zichzelf. Daarbij behandelde ik deelneming aan de criminele en terroristische organisatie,

samenspanning, werving voor de gewapende strijd, verschillende deelnemingsvormen en de onvoltooide delicten.

18. Tevens gaf ik al aan dat in M.S.O.s zaak de dubbele strafbaarheid ontbreekt omdat, zelfs indien we de feiten van het uitleveringsverzoek als uitgangspunt nemen, opzet ontbreekt voor ieder van de delicten die ik besproken heb, terwijl dit onder de Nederlands strafbepalingen wel een vereiste is. Die dubbele strafbaarheid ontbreekt ook omdat voor de samenspanning de vereiste overeenkomst ontbreekt, eveneens een essentieel bestanddeel onder Nederlands strafrecht. Daarnaast is een aantal barrières tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid besproken die meer in detail treden. Ik verwijs daarvoor naar mijn eerste pleitnota. De kern van het betoog was telkens dat de feiten als genoemd in het verzoek, ware zij in een strafrechtelijke procedure in Nederland ingebracht, niet tot veroordeling hadden geleid en niet hadden kunnen leiden.
19. Vandaag wil ik nader aandacht besteden aan het precieze verwijt dat M.S.O. gemaakt wordt en daarbij in eerste instantie de bepalingen van de aanklacht stuk voor stuk behandelen. Daartoe heb ik in de structuur van de Amerikaanse tenlastelegging een tweedeling gemaakt. De verwijten onder *count* 1, 2 en 5 zal ik gecombineerd en in omgekeerde volgorde bespreken. Die omgekeerde volgorde volgt uit het feit dat deze delicten in hun omschrijving aan elkaar gekoppeld zijn, zoals ik verder zal uitleggen. Daarop volgen *count* 3 en 4 die tevens in omgekeerde volgorde worden behandeld.

Count 5

20. Dit verwijt is gebaseerd op 18 U.S.C. §956(a)(1) en is omschreven als volgt:

“Whoever, within the jurisdiction of the United States, conspires with one or more other persons, regardless of where such other person or persons are located, to commit at any place outside the United States an act that would constitute the offense of murder, kidnapping, or maiming if committed in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States shall, if any of the conspirators commits an act within the jurisdiction of the United States to effect any object of the conspiracy, be punished as provided in subsection (a)(2).”
21. Omdat het artikel op deze wijze onoverzichtelijk is, heb ik de tekst hieronder beperkt tot de voor deze zaak relevante elementen.

“Whoever [...] conspires with one or more other persons [...] to commit [...] an act that would constitute the offense of murder, kidnapping, or maiming [...].”

22. Dit artikel vereist voor de bewijslast – ik laat de jurisdictionele elementen en het strafmaximum buiten beschouwing – dat sprake is van (i) een overeenkomst tussen personen, (ii) waarbij het opzettelijke doel van de overeenkomst is (iii) om moord, ontvoering of verminking te plegen. Het is daarmee niet noodzakelijk dat het omschreven doel ook werkelijk bereikt wordt. Het maken van de afspraak zelf om die handelingen te verrichten is voldoende. Het opzet dat in de samenspanning besloten zit moet tevens zien op het uiteindelijke doel.
23. Zoals reeds uiteengezet wijkt deze strafbaarstelling op een principieel punt af van hetgeen onder Nederlands recht strafbaar is. Dit verwijt laat zich het best vertalen naar hetgeen onder de artikelen 176b, 282c, 289a, 304b van het Wetboek van Strafrecht is vastgesteld. Die artikelen vereisen echter steeds een terroristisch oogmerk, terwijl het Amerikaanse recht dat niet doet. De Amerikaanse autoriteiten hebben nu ook benadrukt op pagina 2 e.v. van de aanvulling dat de term ‘*terrorist*’ geen deel uitmaakt van de Amerikaanse strafbaarstelling. Dat benadrukt het grote verschil tussen de twee delicten. Het Nederlandse recht acht de samenspanning in combinatie met de genoemde feiten slechts strafbaar wanneer het terroristisch oogmerk aanwezig is. Als zodanig is er hier dan ook geen sprake van dubbele strafbaarheid.

Count 2

24. Dit verwijt is gebaseerd op 18 U.S.C. §2339A(a) en is omschreven als volgt:

“Whoever provides material support or resources or conceals or disguises the nature, location, source, or ownership of material support or resources, knowing or intending that they are to be used in preparation for, or in carrying out, a violation of section 32, 37, 81, 175, 229, 351, 831, 842(m) or (n), 844(f) or (i), 930(c), 956, 1091, 1114, 1116, 1203, 1361, 1362, 1363, 1366, 1751, 1992, 2155, 2156, 2280, 2281, 2332, 2332a, 2332b, 2332f, 2340A, or 2442 of this title, section 236 of the Atomic Energy Act of 1954 (42 U.S.C. 2284), section 46502 or 60123(b) of title 49, or any offense listed in section 2332b(g)(5)(B) (except for sections 2339A and 2339B) or in preparation for, or in carrying out, the concealment of an escape from the commission of any such violation, or attempts or conspires to do such an act, shall be fined under this title, imprisoned not more than 15 years, or both, and, if the death of any person results, shall be imprisoned for any term of years or for life. A violation of this section may be

prosecuted in any Federal judicial district in which the underlying offense was committed, or in any other Federal judicial district as provided by law.”

25. Omdat het artikel op deze wijze onoverzichtelijk is en omdat het verwijst naar het eerder genoemde artikel, heb ik de tekst hieronder beperkt tot de voor deze zaak relevante elementen en het bovengenoemde artikel eraan gekoppeld.

“Whoever provides material support or resources [...] knowing or intending that they are to be used in preparation for, or in carrying out, [a conspiracy (mijn aanpassing, BS)] with one or more other persons [...] to commit [...] an act that would constitute the offense of murder, kidnapping, or maiming [...].”

26. Dit artikel kent de volgende bewijslast – opnieuw laat ik een aantal minder relevante elementen buiten beschouwing. Ik neem daarbij de minimale bewijslast, gelet op de onderdelen *knowing or intending* en *in preparation for, or in carrying out*. M.S.O. zou daarvoor (i) *material support* geleverd moeten hebben, in de vorm van financiële en personele steun (ii) terwijl hij wist dat die gebruikt zou worden (iii) voor de voorbereiding (iv) van een samenspanning (v) die erop gericht is de genoemde feiten te plegen. Material support wordt in de Amerikaanse wetgeving gedefinieerd onder 18 U.S.C. 2339A(b)(1) waarin financiële en personele steun staat genoemd.

27. Naar Nederlands recht kan steunen van een samenspanning slechts strafbaar zijn als deelnemingsvorm bij de artikelen 176b, 282c, 289a, 304b van het Wetboek van Strafrecht. Zoals eerder genoemd is daarmee een groot verschil dat de Amerikaanse wetgeving ook hier geen terroristisch oogmerk vereist. Daarnaast is voor de deelnemingsvorm met de laagste bewijslast, medeplichtigheid, opzet vereist op het einddoel. Het enkele kennen van het doel van de samenspanning is daarvoor onvoldoende. Onder Nederlands strafrecht moet de medeplichtige het doel kennen en dat doel dichterbij brengen door zijn bijdrage, welk laatste element de Amerikaanse wetgeving niet vereist. Daarom bestaat er tussen de beide strafwetten een verschil zowel ten aanzien van het Nederlandse terroristisch oogmerk, maar ook het wilselement dat onderdeel is van de Nederlandse deelnemingsvormen. Ook de artikelen 140 en 140a van het Wetboek van Strafrecht zijn hier relevant. Daarvoor verwijs ik echter naar mijn pleitnota van de vorige zitting.

Count 1

28. Dit verwijt is gebaseerd op hetzelfde artikel als onder *count 2* zij het dat deze een extra element kent, namelijk de samenspanning ten aanzien van de steun. Het verwijt op overzichtelijke wijze omschreven laat het volgende zien:

“Whoever [conspires to provide (mijn aanpassing, *BS*)] material support or resources [...] knowing or intending that they are to be used in preparation for, or in carrying out, [a conspiracy (mijn aanpassing, *BS*)] with one or more other persons [...] to commit [...] an act that would constitute the offense of murder, kidnapping, or maiming [...].”

29. Dit artikel kent de volgende bewijslast – opnieuw laat ik een aantal minder relevante elementen buiten beschouwing. Ik neem daarbij de minimale bewijslast, gelet op de onderdelen *knowing or intending* en *in preparation for, or in carrying out*. M.S.O. zou daarvoor (i) moeten hebben samengespannen, dus zijn overeengekomen (ii) om *material support* te leveren, in de vorm van financiële en personele steun (iii) terwijl hij wist dat die gebruikt zou worden (iv) voor de voorbereiding (v) van een samenspanning (vi) die erop gericht is de genoemde feiten te plegen. Material support wordt in de Amerikaanse wetgeving gedefinieerd onder 18 U.S.C. §2339A(b)(1) waarin financiële en personele steun staat genoemd.

30. In het Nederlands omgezet is het verwijt hier dat M.S.O. zou hebben samengespannen om een andere samenspanning, gericht op moord e.d., te ondersteunen. Het verschil dat ik reeds aangaf tussen de Nederlandse en Amerikaanse wetgeving bij *count 5* en *2*, is ook hier van toepassing. Daar komt echter bij dat deze omschrijving van de samenspanning in het Nederlandse recht duidelijk geen vergelijkbaar artikel kent. De Nederlandse strafwetgever is reeds voorzichtig geweest met de strafbaarstelling van de samenspanning en heeft die beperkt tot met name de terroristische misdrijven. Deze vorm van samenspanning ligt dan ook het verst verwijderd van het Nederlandse strafrecht.

Count 4

31. Het verwijt onder deze *count* is vergelijkbaar met het verwijt onder *count 2*, met het verschil dat niet de ondersteuning van een samenspanning met het doel om moord e.d.

te plegen de kern vormt, maar de ondersteuning van een zogenoemde ‘*Foreign Terrorist Organization*’. Het verwijt is gebaseerd op 18 U.S.C. §2339B(a)(1) en bepaalt:

“Whoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 15 years, or both, and, if the death of any person results, shall be imprisoned for any term of years or for life. To violate this paragraph, a person must have knowledge that the organization is a designated terrorist organization (as defined in subsection (g)(6)), that the organization has engaged or engages in terrorist activity (as defined in section 212(a)(3)(B) of the Immigration and Nationality Act), or that the organization has engaged or engages in terrorism (as defined in section 140(d) (2) of the Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Years 1988 and 1989).”

32. De overzichtelijke vorm is als volgt:

“Whoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization [...].To violate this paragraph, a person (kennelijk verwijst dit element naar ‘whoever’, *BS*) must have knowledge that the organization is a designated terrorist organization [...].”

33. De bewijslast is de volgende. M.S.O. moet (i) bewust financiële of personele steun hebben gegeven (ii) aan een ‘Foreign Terrorist Organization’ (iii) wetende dat die organisatie (*in casu* Al-Shabaab) als zodanig is aangemerkt. Het is niet noodzakelijk dat wordt aangetoond dat de ‘*material support*’ een terroristisch doel ondersteunt; iedere steun valt onder het artikel. Tijdens het pleidooi op 23 februari 2010 in de bij het Hoogerechtshof aanhangige zaak stelde de Amerikaanse regering zich op het standpunt dat zelfs een advocaat die een aangemerkte organisatie vertegenwoordigt zich schuldig maakt aan ‘providing material support to a Foreign Terrorist Organization’. Daarvoor verwijst ik u naar de vraag en antwoord-sessie in het verslag van het pleidooi, pagina 32-37.

34. Voor het overzicht geef ik u tevens in overweging de samenvatting die in het verzoek om behandeling aan het Hoogerechtshof werd gegeven:

“The government has made clear that it considers plaintiffs’ intended activities criminally proscribed by the challenged statutory terms. At oral argument before the court of appeals, counsel for the government maintained that if plaintiffs filed an amicus brief for the LTTE (de Tamil Tijgers, de organisatie die door de regering als

terroristische organisatie is aangemerkt, *BS*) in this lawsuit, advocated on the group's behalf before the United Nations, asked Congress to grant the LTTE an exemption from the statute, or provided advice on how to mediate disputes, they would be engaged in criminal activity under the statute.” (pagina 11, Opening Brief for Humanitarian Law Project, Et Al., Eric H. Holder, Jr., Attorney General, et al. v. Humanitarian Law Project, et al.)

35. Die lezing van de Amerikaanse wetgeving leidt ertoe dat zelfs zij die ondersteunen zonder de mogelijk criminele doeleinden vooruit te willen helpen, strafbaar zijn. Om die reden kom ik tot de conclusie dat er kennelijk in de Amerikaanse bepalingen geen subjectief element ziet op combinatie van de ondersteuning en de criminele activiteiten. Natuurlijk realiseer ik mij dat dit een stelling van de regering is en door het Hof vooralsnog bevestigd noch ontkend is. Ik acht het echter wel opmerkelijk dat de Amerikaanse autoriteiten dit in het uitleveringsverzoek en de aanvulling niet hebben weergegeven. Het verzoek herhaalt slechts het wetsartikel en benoemt deze interpretatie – hoewel zowel het verzoek als de interpretatie van de regering afkomstig zijn – niet.
36. Volgt men de interpretatie van de Amerikaanse regering, dan wordt een groot verschil tussen de Nederlandse en Amerikaanse strafbepalingen zichtbaar. Naar Nederlands recht zal, zoals reeds eerder tijdens deze zitting en de vorige is uiteengezet, het doel van steun op zijn minst moeten zijn dat de illegale activiteit wordt ondersteund. Onder Amerikaans recht is dat niet het geval zodat ook hier een te groot verschil tussen de strafwetten zichtbaar wordt en niet kan worden gesproken van dubbele strafbaarheid.
37. Tevens merk ik op dat in de beschrijving van de ‘Foreign Terrorist Organization’ door de Amerikaanse autoriteiten een belangrijk element ontbreekt, hoewel de bijgevoegde wetsartikelen er wel melding van maken. Dit betreft de wijze waarop wordt vastgesteld wat een ‘Foreign Terrorist Organization’ is. De beschrijving in de aanvulling doet vermoeden dat de criteria die voor de aanwijzing gelden door de Amerikaanse strafrechter worden toegepast. Dit is echter niet het geval. 8 U.S.C.A. §1189(a)(1) geeft weer dat het een aanwijzing door de Secretary of State betreft. Dit lid van de Amerikaanse regering bepaalt welke organisaties op de lijst komen. De strafrechter heeft geen mogelijkheid dit te toetsen en een verdachte kan in het Amerikaanse strafproces geen verweer voeren dat ziet op foutieve aanwijzing als organisatie door de Secretary of State. Mijns inziens draagt dit bij aan het beeld dat de

strafbaarstelling in de VS en die in Nederland ver uiteen lopen en dat dubbele strafbaarheid niet kan worden aangenomen.

Count 3

38. Het verwijt onder deze *count* komt sterk overeen met *count* 4, zij het dat het in dit geval gaat om een samenspanning tot het plegen van hetgeen onder *count* 4 is genoemd. Het verwijt is derhalve tevens gebaseerd op 18 U.S.C. §2339B(a)(1), zoals eerder genoemd.
39. De bewijslast is de volgende. M.S.O. moet (i) zijn overeengekomen met een ander om (ii) bewust financiële of personele steun hebben gegeven (iii) aan een ‘Foreign Terrorist Organization’ (iv) wetende dat die organisatie (*in casu* Al-Shabaab) als zodanig is aangemerkt. De bedenkingen die ik reeds naar voren bracht onder *count* 4 zijn ook hier van toepassing. Daarnaast acht ik van belang hier te wijzen op mijn eerdere opmerkingen over de samenspanning onder de andere *counts*. Die leiden mij ook hier tot de conclusie dat de drempel voor strafrechtelijke aansprakelijkheid ook hier beduidend lager is dan onder Nederlands strafrecht, zodat ook hier niet van dubbele strafbaarheid kan worden gesproken.
40. Concluderend met betrekking tot de bespreking van deze afzonderlijke counts kan worden gezegd dat een analyse van de subjectieve bestanddelen leidt tot de conclusie dat de Nederlandse strafwet aanzienlijk hogere eisen stelt om tot een veroordeling te kunnen komen. Het verschil is zelfs dusdanig groot dat niet meer kan worden gesproken van dubbele strafbaarheid. Derhalve dient de uitlevering dan ook ontoelaatbaar worden geacht.

Aanvulling ten aanzien van dubbele strafbaarheid

41. Ter aanvulling op hetgeen ik tijdens de vorige zitting omtrent de dubbele strafbaarheid naar voren bracht, wil ik graag nog enige overwegingen wijden aan de Sanctiewet 1977. Krachtens die wet is de Sanctieregeling 2003 vastgesteld. De Sanctieregeling geeft op zijn beurt uitvoering aan Verordening 147/2003 van de Raad van 27 januari 2003 betreffende een aantal beperkende maatregelen ten aanzien van Somalië. Die verordening was gebaseerd op een drietal resoluties van de VN Veiligheidsraad, nr.

733 (1992), nr. 1356 (2001) en nr. 1425 (2002). De resoluties en de daarop volgende regelgeving van de Europese Gemeenschappen en de Nederlandse Staat geven vorm aan een omvangrijk wapenembargo ten aanzien van Somalië.

42. De artikel 1 van de Sanctieregeling Somalië 2003 jo. artikel 1 sub 1 van de Wet op de economische delicten stelt overtreding van artikel 1 van Verordening 147/2003 strafbaar. Dat artikel stelt:

“Onverminderd de bevoegdheden van de lidstaten bij de uitoefening van het openbaar gezag, wordt een verbod ingesteld op:

- het direct of indirect financieren of financieel steunen van militaire activiteiten met inbegrip van subsidies, leningen en exportkredietverzekering, voor de verkoop, de levering, de verzending of de uitvoer van wapentuig en aanverwant materieel aan personen, entiteiten of lichamen in Somalië;

- het verstrekken, verkopen, leveren of overdragen van technisch advies, steun of opleiding voor militaire activiteiten en meer in het bijzonder opleiding en steun voor de fabricage, het onderhoud of het gebruik van wapentuig en alle soorten aanverwant materieel aan personen, entiteiten of lichamen in Somalië.”

Artikel 2 lid 1 van de Wet op de economische delicten maakt opzettelijke overtreding van artikel 1 van de verordening een misdrijf.

43. Daarmee doet zich de vraag voor of M.S.O. onder deze regeling naar Nederlands recht strafbaar zou zijn. Mijns inziens is dat niet het geval. Daarvoor moet ik opnieuw de feiten bezien die ik reeds in mijn vorige pleitnota onder 21 tot en met 28 heb beschreven, ik herhaal ze hier:

21. In december 2007 zou M.S.O. in de Verenigde Staten geld geleverd hebben aan een groep van zes personen die vertrokken naar Somalië om te vechten tegen Ethiopische troepen en hij zou hebben toegezegd hen in Somalië financieel te ondersteunen.

22. In januari 2008 zou M.S.O. vanuit de Verenigde Staten naar Somalië zijn gereisd, waar hij verschillende personen die eerder naar Somalië reisden bezocht zou hebben. Hij zou in Somalië zijn verbleven in een Al-Shabaab ‘safehouse’. Tevens zou hij geld hebben geleverd voor de aankoop van aanvalsgeweren (AK-47) en geld ter ondersteuning van leden van Al-Shabaab. Hij zou tevens met leden van Al-Shabaab hebben gesproken over training en gevechten voor Al-Shabaab.

23. Bijzonder relevant is tussendoor de datum van 18 maart 2008. Op dat moment, dus nádat M.S.O. in Somalië is geweest, wijst de Amerikaanse Minister van Buitenlandse Zaken Al-Shabaab aan als terroristische organisatie.
24. In augustus 2008 zou M.S.O. in de Verenigde Staten met twee personen naar het vliegveld zijn gereisd terwijl hij contact onderhield met andere mensen. De personen die hij naar het vliegveld reed zouden gaan vechten tegen de Ethiopische troepen.
25. Op 29 oktober 2008 zou een van de twee reizigers deel hebben genomen aan een zelfmoordaanslag in Somalië terwijl hij verbleef in hetzelfde ‘safehouse’ als waar M.S.O. zou zijn verbleven.
26. In november 2008 zou M.S.O. in de Verenigde Staten gesproken hebben met een van de personen die hij in Somalië had bezocht en financieel had ondersteund. Deze persoon zou aanwezig zijn geweest in een Al-Shabaab trainingskamp. M.S.O. zou met deze persoon gesproken hebben over hun wens naar Somalië terug te keren, het feit dat Al-Shabaab een stad had bezet en de recente zelfmoordaanslagen.
27. In november 2008 zou M.S.O. in de Verenigde Staten een bijeenkomst gehouden hebben met personen die naar Somalië zouden vertrekken.
28. In november 2008 zou M.S.O. de Verenigde Staten verlaten hebben en keerde daar niet terug. M.S.O. zou op 24 december 2008 terugkeren naar de Verenigde Staten. In het vliegtuig dat hij daartoe zou nemen, bleek hij bij aankomst in de Verenigde Staten niet aanwezig. Een getuige zou verklaard hebben dat M.S.O.’s reis (van Minneapolis naar Amsterdam, naar Jordanië en terug via Saoedi Arabië, de Verenigde Arabische Emiraten en Amsterdam naar Minneapolis) bedoeld was voor een pelgrimstocht, door Islamieten Hadj genoemd.
44. Daaromtrent merk ik in de eerste plaats op dat de feiten die niet in de Verenigde Staten hebben plaatsgevonden niet relevant zijn voor deze beoordeling. Dat betreft het gestelde feit onder 22. Daarvoor ontbreekt rechtsmacht naar Nederlands recht (in de dubbele strafbaarheidstoetsing) omdat M.S.O. wel een verblijfsvergunning voor de Verenigde Staten heeft, maar geen Amerikaans staatsburger is. Financiële steun die in Somalië gegeven is, valt daarom buiten de reikwijdte van het Nederlands strafrecht. Daarom ontbreekt op dit punt de dubbele strafbaarheid dan wel dubbele vervolgbaarheid.

45. Voorts ziet de strafbaarstelling slechts op financiële steun of steun die gelieerd is aan militaire activiteiten. Op die grond sluit ik uit dat de feiten onder 23, 25, 26, 27 en 28 tot strafbaarheid op grond van de Sanctieregeling zouden kunnen leiden. Met name ook de aanwijzing van Al-Shabaab als ‘Foreign Terrorist Organization’ is daarvoor niet relevant. Daarnaast is irrelevant voor de beoordeling onder dit artikel dat M.S.O. en een persoon die zelfmoord zou hebben gepleegd door middel van een bomaanslag, in hetzelfde ‘safehouse’ verbleven.
46. Bekijk ik dan de voor deze strafbaarstelling relevante feiten, namelijk die genoemd onder 21 en 24, dan valt mij op dat niet uit de feitelijke beschrijving in het uitleveringsverzoek blijkt dat M.S.O. geld zou hebben geleverd – waarvan overigens de hoeveelheden volstrekt onduidelijk zijn – voor de reis naar Somalië en het verblijf daar. Ik merk ook op dat slechts het geld dat werkelijk is verstrekt tot strafbaarheid zou kunnen leiden als aan de andere criteria is voldaan, de toezegging om geld te geven is niet strafbaar. Het feit onder 24 – het naar het vliegveld brengen contact met anderen hebben – valt niet onder de strafbaarstelling omdat dit geen ondersteuning oplevert zoals bedoeld in de verordening. Dat M.S.O. kennis zou hebben gehad van mogelijke gevechtshandelingen in de zin van militaire activiteiten blijkt niet uit de beschreven feiten. Daarnaast bieden de feiten geen grond voor het idee dat M.S.O. wilde dat zijn handelen dat resultaat had of dat hij een aanmerkelijk risico heeft aanvaard dat zulks zou gebeuren.
47. Samengevat kom ik tot het volgende. De enige relevante gedraging voor de verordening is het geven van geld voor een reis naar Somalië aan zes personen. Zoals ik al vermeldde lijkt mij op die grond en de andere feiten ruimschoots niet voldaan aan het vereiste opzet en kan dit tevens niet als financiële steun aan militaire activiteiten worden gezien. Ik merk op dat ook de Amerikanen dit kennelijk niet vermoeden, zij hebben immers geen uitvoering gegeven aan andere VN resoluties die via bestuursrechtelijke weg bevrozing van gelden van dergelijke personen eisen. Daarom meen ik dat de beschreven feiten ook ten aanzien van de Sanctieregeling niet tot een vervulling van het vereiste van dubbele strafbaarheid kunnen leiden.

Conclusie

1. Aanhouding totdat het Hooggerechtshof heeft beslist over de grondwettigheid van 18 U.S.C. § 2339A en §2339B.
2. Ontoelaatbaarheid van de uitlevering wegens ontbreken van dubbele strafbaarheid.
3. Ontoelaatbaarheid van de uitlevering wegens ongenoegzaamheid der stukken.
4. Ontoelaatbaarheid van de uitlevering wegens het ontbreken van dubbele vervolgbaarheid (zie pleitnota 22 februari 2010)