

De anti-terroriswetgeving in de VS: inter arma silent leges?²

'The greatest danger posed by terrorism to our democracy and to our constitutional republic may be our executive branch's overreaction to terrorism and its use of terrorism to erode the constitutionally mandated checks and balances and sharing of powers in foreign affairs, war powers and combating international crime'. Blakesley (1992)³

Sinds 11 september 2001 domineren de thema's veiligheid en terrorisme de media in de VS als nooit tevoren. Door de daaropvolgende oorlogen in Afghanistan en Irak en de naweën ervan haalt vooral de *global war on terrorism* de voorpagina's. Niettemin is de belangstelling in de VS voor het binnenlands veiligheids- en terrorismebeleid van de regering Bush fors toegenomen. Er worden vragen gesteld bij de informatiepositie van de regering inzake de dreiging van de aanslagen van 11 september 2001. De rechtszaken tegen verdachten van terrorisme, en daarmee dus de toepassing van de nieuwe anti-terroriswetgeving, roepen vragen op over het overwicht van beginselen van nationale veiligheid op de rechtsstaat en de constitutionele burgerrechten, verankerd in de Bill of Rights.

1. Inleiding

Ter illustratie een greep uit de hoofdlijnen in de Amerikaanse media in 2003-2004: Banken, internetproviders, vliegtuigmaatschappijen en bibliotheken geven inzage in persoonsgebonden informatie; het *Terrorism Information Awareness program (TIA)*⁴ van het Pentagon onder vuur; FBI gebruikt *Carnivore*⁵ als een digitaal sleepnet; migranten vastgehouden en gedeporteerd op basis van geheim bewijs; doorzoekingen en tapoperaties zonder rechterlijk mandaat; Ministerie van Justitie legt gerechtelijke bevelen naast zich neer als strijdig met de nationale veiligheid; regering laat tegoeden van Palestijnse hulporganisatie's en NGO's bevriezen; Guantánamo-gevangenen worden berecht door militaire commissies; wetgeving goedgekeurd tegen het Internationaal Strafhof; Regering verklaart VS burgers tot *enemy combatants*.

De regering Bush heeft terrorismebestrijding tot topprioriteit van haar veiligheids- en justitiebeleid gemaakt. Ze heeft de versnippering in de handhavingsorganisatie fors teruggedrongen. Ondanks de kritiek die de FBI te beurt viel en valt voor de gebrekkige verwerking van inlichtingen ter voorkoming van de aanslagen op 11 september, is haar positie duidelijk versterkt. Inmiddels besteedt de FBI 36 % van haar capaciteit aan terrorismebestrijding.⁶ In de VS alleen zijn 66 gemeenschappelijke terrorismeteams van de FBI operationeel. In totaal 5000 agenten, behorend tot de opsporingsorganisatie of tot de inlichtingenorganisatie van de FBI, zijn exclusief op dit terrein ac-

tief. Het budget is verhoogd tot \$ 4318 miljoen,⁷ inmiddels drie keer het DEA-budget, verantwoordelijk voor de oude oorlog, de *war on drugs*. De regering-Bush heeft ook een nieuw superministerie voor Binnenlandse Veiligheid gecreëerd. Het *Department of Homeland Security (DHS)*⁸ is het resultaat van de grootste federale reorganisatie na WOII. 22 bestaande federale diensten, goed voor 170.000 fte, voordien zelfstandig of onderdeel van andere ministeries, zijn onderdeel geworden van DHS. Zo zijn onder andere de Immigratiedienst en de Douane bij DHS

- 1 Hoogleraar economisch en financieel strafrecht, Juridische Faculteit Utrecht en hoogleraar Europees strafrecht, Europa College Brugge. Het basisonderzoek voor dit artikel is verricht tijdens een Adjunct Professorship aan de American Law School van de American University in Washington DC (mei-juli 2003). Het onderzoek is geactualiseerd tot 31 juli 2004.
- 2 Cicero, *Oratio Pro Annio Milone*, IV 52 A.C.
- 3 C. L. Blakesley, *Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, New York, 1992, 88.
- 4 Aanvankelijk heette het zeer omstreden project het *Total Information Awareness program*. Het doel is om alle gegevens uit de anti-terrorisbestrijding digitaal op te slaan en interactief te beheren. Begin 2003 heeft de Senaat de financiering ervan opgeschort. Voor meer informatie zie <<http://www.darpa.mil/body/tia/TIA%20ES.pdf>> en <http://www.eff.org/Privacy/TIA/20030520_tia_report.php>. Voor kritiek op TIA zie <<http://216.239.37.104/search?q=cache:6qKYAux7WVEJ:www.epic.org/privacy/profiling/tia/+TIA&hl=en&ie=UTF-8>> en <http://www.eff.org/Privacy/TIA/20030523_tia_report_review.php>.
- 5 Carnivore, voorheen aangeduid als Omnivore en inmiddels omgedoopt tot DCS 1000, is een techniek die toelaat om specifieke communicatie tussen bepaalde gebruikers te traceren, bijvoorbeeld alle emails tussen personen X en Y. Het kan ook worden gebruikt voor het opsporen van de inhoud van die informatie. Zie <<http://www.fbi.gov/hq/lab/carnivore/carnivore.htm>> voor de FBI-informatie en <<http://216.239.53.104/search?q=cache:hYF-UPGIUasJ:www.epic.org/privacy/carnivore/+Carnivore&hl=en&ie=UTF-8>> voor kritiek en relevante documenten. Voor uitleg en verdediging, zie Don't Fear Carnivore: It Won't Devour Individual Privacy, 66 MO. L. REV. 827 (2001) en R. Merl, Internet Communication Standards For The 21st Century: Terrorism Must Force the U.S. to Adopt 'Carnivore' and New Surveillance Standards, 27 Brook. J. Int'l L. 245, 251-56 (2001).
- 6 *The Wall Street Journal*, 30 juni 2003, G. Fields & J.R. Wilke, FBI's new focus places big burden on local police.
- 7 <<http://www.usdoj.gov/jmd/2003summary/pdf/TotBA.pdf>>.
- 8 Zie <http://www.dhs.gov/interweb/assetlibrary/hr_5005_enr.pdf> voor de DHS Act. DHS is van start gegaan in januari 2003. Zie ook <<http://www.dhs.gov/dhspublic>>.

ondergebracht.⁹ Ook de *Secret Service*¹⁰ en de kustwacht vallen voortaan onder DHS, maar houden een zekere autonomie en rapporteren rechtstreeks aan het *State Department*. De FBI en de CIA zijn niet in de fusie betrokken en zijn onderdeel gebleven van respectievelijk het *Department of Justice* (DoJ) en het *State Department*.¹¹ De regering-Bush heeft het ook nodig geoordeeld om via noodwetgeving tegen terrorisme de bevoegdheden van de handhavingsorganisaties fors uit te breiden, ook in de pro-actieve fase, de uitoefening ervan minder afhankelijk te stellen van rechterlijke toetsing en de positie van de inlichtingendiensten in de strafrechtelijke handhaving te versterken.

In het eerste jaar na 11 september was het draagvlak voor deze hervormingen en voor het uitzonderingsrecht onbetwist. Minder rechtsstaat en meer veiligheid werd in brede kringen aanvaard. Inmiddels heeft de toepassing in de praktijk en de wijze waarop de uitvoerende macht de wetgever en de rechter op de zijlijn heeft gemanoeuvreed dit draagvlak behoorlijk geërodeerd. De toonzetting van de kwaliteitsmedia is veel scherper geworden en ook verzoekt het *Congress* inmiddels de regering om verantwoording over het gevoerde anti-terrorismebeleid. Er zijn prangende vragen over de informatiepositie vóór de aanslagen, over de noodzaak van vergaande handhavingsbevoegdheden in de terrorismebestrijding en over de groeiende invloed van de inlichtingendiensten bij de strafrechtelijke handhaving. Waarom hebben de FBI en de CIA elkaar informatie onthouden vóór 11 september? Waarom weigert de regering-Bush informatie vrij te geven over de aanhoudingen en deportaties van na 11 september 2001? Was de forse inperking van burgerrechten en de forse uitbreiding van geheime procedures (geheime aanhouding en berechting op basis van geheim bewijs) en preventief of pro-actief strafrecht wel zo noodzakelijk? De politieke rel over de betrouwbaarheid van de informatie die ten grondslag lag aan de oorlogsverklaring tegen Irak heeft het debat nog aangewakkerd. Sommige critici beweren dat de democratie en de rechtsstaat achter gesloten deuren een langzame dood sterven. Heeft de uitvoerende macht de aanslagen van 11 september gebruikt om een de iure en de facto veiligheidsstaat in te richten die de werking van de rechtsstaat tot nader order heeft opgeschort? Zijn het parlement en de rechterlijke macht buiten spel gezet? De terrorisme-aanpak leidt niet alleen tot scherpe kritiek,¹² maar krijgt ook politieke tegenwind. In een aantal staten weigeren lokale autoriteiten uitvoering te geven aan bepaalde onderdelen van de anti-terroriswetten. Ze zijn de mening toegedaan dat het nationale veiligheidsbeleid het speerpunt is geworden van het justitiebeleid onder de *Attorney General* (AG) Ashcroft, ten koste van burgerrechten en constitutionele waarborgen. Het Ministerie van Justitie moet voor steeds meer rechtszaken in de ring. Justitie vecht met hand en tand om ongunstige beslissingen in beroep of in cassatie te laten toetsen op 's lands veiligheidsbelang, ook al heeft dat tot consequentie dat burgerrechten de veren moeten laten. Tevens wordt Justitie steeds vaker geconfronteerd met justitiële *subpoenas* (vordering op straffe) tot het uitleveren van stukken en met justitiële

injunctions (bevelen) tot het stellen of nalaten van bepaalde handelingen. Het Ministerie heeft inmiddels ook gekozen voor de aanval en heeft aan het OM in het land de opdracht gegeven om de anti-terroriswetten juridisch en politiek te verdedigen. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat het politieke gevecht over de benoeming van nieuwe magistraten in de *Supreme Court* is losgebroken en dat veiligheid en terrorisme de campagnes voor de presidentsverkiezingen in november 2004 volop zullen domineren. Tevens gonst het in Washington DC van de geruchten over aanstaande nieuwe anti-terroriswetten. De regering-Bush zou de noodwetgeving definitief willen verankeren, de bevoegdheden van de politie nog verder uitbreiden en ook de *war on drugs* onder het toepassingsbereik van de anti-terroriswetten willen brengen. De presidentsverkiezingen in november 2004 zullen dus bepalen of het nieuwe republikanisme¹³ zijn visie op een nieuwe grondwettelijke orde¹⁴ ook de komende jaren zal kunnen doordrukken. Van cruciaal belang is tevens hoe het *Supreme Court*, dat inmiddels een aantal principezaken in behandeling heeft genomen, in 2004 zal beslissen over de verhouding uitvoerende macht versus rechterlijke macht en over de forse inperking van grondrechten.

De aanslagen van 11 september 2001 en de anti-terrorisme aanpak in de VS zijn in Europa niet zonder consequenties gebleven. Tal van Europese landen hebben specifieke anti-terroriswetten aangenomen of hun bestaande wetgeving fors aangescherpt¹⁵ en de Europese Unie heeft de kaderbesluiten over de strafrechtelijke harmonisatie van terrorisme en het Europees aanhoudingsmandaat versneld aangenomen en een uitvoerig anti-terrorisme actieplan uitgewerkt. Na de treinaanslagen in Madrid op 11 maart 2004 is het gevaar groot dat de EU forse inspiratie gaat zoeken bij de aanpak in de VS voor het uitwerken van een EU *home security* beleid.¹⁶ Het is dus voor de Nederlandse strafrechtjurist zaak om na te gaan in welke mate de fundamentele waarborgen van de rechtsstaat in de VS zijn ingeleverd voor het

-
- 9 De INS was een onderdeel van Justitie, Douane was een onderdeel van Financiën.
- 10 De *Secret Service* is o.a. verantwoordelijk voor de veiligheid van de President en voor de opsporing van valsemunterij.
- 11 Het ziet er dus niet naar uit dat het DHS een eigen *Home Intelligence Agency*, zoals de MI5 in het VK, zal kunnen uitbouwen.
- 12 Zie bijvoorbeeld R. Dworkin, *The Guardian*, 'The real threat to US values', 9 maart 2002 en R. Dworkin, *The Threat to Patriotism*, New York Review of Books, 28 februari 2002.
- 13 Dit vindt zijn inspiratie vooral in de politieke filosofie van Leo Strauss, een fervente criticus van het liberalisme. Zie <<http://www.straussian.net/>>.
- 14 Zie M. Tushnet, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2003 voor een goede analyse van de verschuivingen in het constitutionele denken, vertaald in de jurisprudentie van de *Supreme Court*.
- 15 Zie bijvoorbeeld de recente Anti-terrorism, Crime and Security Act (ASTA) van het Verenigd Koninkrijk, <<http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm>>.
- 16 Zie de Declaration on Combating Terrorism van 25 maart 2004 van de Europese Raad, <<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/eu-terr-decl.pdf>>.

waarborgen van nationale veiligheid en hoe dat is vertaald in het straf- en strafprocesrecht en de daaraan gekoppelde bijzondere wetgeving. Om die reden wordt in dit artikel de ontstaansgeschiedenis van de huidige anti-terroriswetten geschetst, tegen de achtergrond van hoe de VS in het verleden is omgesprongen met uitzonderingsrecht. In een tweede deel worden de belangrijkste onderdelen van de anti-terroriswetten geanalyseerd. Hierbij wordt zowel aandacht besteed aan de formele wetgeving van het *Congress*, de presidentiële decreten en de richtlijnen van DoJ.

2. 11 september 2001 en de totstandkoming van de USA Patriot Act

Op 14 september, kort na de aanslagen van 11 september 2001 op symbolische plaatsen als de *Twin Towers* in New York, het Pentagon – en waarschijnlijk ook bijna het Witte Huis – in Washington DC, roept President Bush op basis van de *National Emergencies Act*,¹⁷ met terugwerkende kracht de noodtoestand¹⁸ uit. Hij kwalificeert de agressie als oorlogsdaden begaan door buitenlandse aanvallers, en niet in eerste instantie als criminele feiten. De toon is hiermee gezet. AG Ashcroft onderstreept vervolgens dat de nieuwe terrorisme-aanpak van het DoJ voornamelijk gericht zal zijn op preventieve of pro-actieve handhaving. Het DoJ komt al op 17 september met een nieuwe anti-terroriswet, de *Mobilization against Terrorism Act*.¹⁹ Dit voorstel vormt het raamwerk voor een wetgevend voorstel in het Lagerhuis op 2 oktober en in de Senaat op 4 oktober, die door de voorzitter van de Senaat worden geïntegreerd in het wetsvoorstel met de symbolische naam *USA PATRIOT ACT (USAPA)*.²⁰ Het voorstel (H.R. 3162) wordt in het Lagerhuis ingediend op 23 oktober en 's anderendaags gestemd met 357 tegen 66 stemmen. Op 25 oktober stemt de Senaat in met de tekst zonder amendement met 98 stemmen tegen 1. Op 26 oktober wordt de tekst door de President ondertekend tot *law of the land*. De *Patriot Act* is een zeer omvangrijke en complexe wet, die substantiële amendementen doorvoert in meer dan 15 federale raamwetten en ongekende bevoegdheden toekent aan de handhavingsorganen en aan de inlichtingendiensten. Ondanks de complexiteit en de constitutionele gevoeligheid van veel bepalingen, is de wet door het Parlement goedgekeurd in een spoedprocedure, zonder rapporten, zonder debat, zonder noemenswaardige amendementen. Nochtans bevat de wet veel bepalingen die zijn opgevist uit wetsvoorstellen die dateren van vóór 11 september en die in die parlementaire debatten waren gesneuveld omdat een grote meerderheid ze te vernieuwend vond voor de burgerrechten of twijfelde aan de verenigbaarheid ervan met de Grondwet. In feite is het voorstel gedurende drie weken onderhandeld tussen de regering en een handjevol parlementairen. AG Ashcroft heeft het parlement verzocht om dringende en onvoorwaardelijke goedkeuring tegen de achtergrond van dreigende nieuwe aanslagen, waarvoor de FBI op 11 oktober had gewaarschuwd. De *Patriot Act* heeft ook in de staten geleid tot wat wordt genoemd *Fellow Patriot Acts*,²¹ wetgeving die op statelijk niveau gelijkaardige bepalingen invoert met betrekking tot onderzoeken en inbeslagname, speciale uitzonderingsbevoegdheden voor de gouverneur, etc.

Door de *Patriot Act* zijn veel legislatieve bevoegdheden gedelegeerd aan de regering. Verspreid over de wet is er een aantal rapportageverplichtingen aan het *Congress* ingebouwd,²² maar die vallen op door hun vaagheid. Het parlement heeft zich lange tijd met het idee gesust dat de *Patriot Act* tijdelijke werking heeft en dus automatisch afloopt. Evenwel, de zogenaamde *sunset* bepaling is slechts van toepassing op bepaalde onderdelen van de wet.²³ Tevens is altijd voorgesteld dat het om uitzonderingsbevoegdheden gaat ter bestrijding van het terrorisme. De wetgeving biedt evenwel een scala aan mogelijkheden om de nieuwe bevoegdheden ook intensief in te zetten in een ruimer criminaliteitsveld en dat gebeurt ook systematisch.²⁴

Hoe ingrijpend de nieuwe *Patriot Act* ook mag zijn, noch uitzonderingswetgeving, noch anti-terroriswetten zijn in de geschiedenis van de VS een novum.

3. De Patriot Act in historisch perspectief²⁵

3.1. Uitzonderingswetgeving in de VS

Vrijheid en uitoefening van burgerrechten zijn in de VS van primordiaal belang. Dit heeft zich historisch vertaald in de Bill of Rights, die dankzij de jurisprudentie van de *Supreme Court* doorwerkt op alle terreinen van het publieke en private leven.²⁶ Toch is het opvallend dat in de geschiedenis van de VS de rechtsstaat, gestoeld op constitutionele beginselen, vaak tussen haakjes is geplaatst

17 50 U.S.C. § 1631 (1994).

18 Proclamation No. 7463, 66 Fed. Reg. 48,199 (Sept. 14, 2001).

19 <http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/20010919_mata_bill_draft.html/Terrorism_militias/son-of-patriot.draft.pdf>.

20 Is het acronym voor *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*.

21 Anderzijds is er op lokaal niveau in een aantal staten een duidelijke anti-beweging, die weigert uitvoering te geven aan bepaalde bepalingen van de federale *Patriot Act*.

22 De wet verleende aan de regering ook de bevoegdheid, tot eind januari 2002, om niet te moeten rapporteren aan het Parlement over *intelligence and intelligence related matters*. Daardoor was de parlementaire controle op de toepassing van de wet, inclusief dus de controle door de speciale inlichtingendiensten van het parlement, gedurende drie maanden buiten werking gesteld.

23 Zekere bepalingen van Titel II lopen automatisch af eind 2005; de totaliteit van Titel III loopt af op 1 oktober 2005, maar dit onder voorwaarde dat *Congress* een gezamenlijke verklaring in die zin goedkeurt.

24 E. Lichtbau, U.S. Terror Law to Pursue Crimes from Drugs to Swindling, *The New York Times*, 27 september, 2003.

25 D. Cole & J. X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution. Sacrificing civil liberties in the name of national security*, The New York Press, New York, 2002; D. Goldberg, V. Goldberg & R. Greenwald, *It's a free country. Personal freedom in America after September 11*, RDV Books, New York, 2002; C. L. Blakesley, *Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, New York, 1992; S. Schulhofer, *The Enemy within. Intelligence gathering, law enforcement and civil liberties in the wake of September 11*, The Century Foundation Press, New York, 2002 and D. Cole, *The new McCarthyism: Repeating history in the war on terrorism*, 38 Harv. C.R.-C.L.L.Rev. 1.

26 Zie J.C. Klotter & J. R. Kanovitz, *Constitutional Law*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2002.

in periodes van crisis en politieke onstabieleit. Er wordt, vooral door Presidenten van de VS, snel naar uitzonderingswetgeving gegrepen.²⁷ Hierbij herinner ik aan een aantal frappante voorbeelden die illustreren dat de heersende beeldvorming in Europa over de burgerrechten te sterk is getekend door de jurisprudentie van de *Supreme Court* in de jaren 1953-1969 (Warren Court)²⁸: 1/ Onder de oorlogsdreiging met Frankrijk, einde achttiende eeuw, ziet President Adams de talrijke Franse onderdanen in de VS als een gevaar voor de sociale orde. Op zijn verzoek keurt het Parlement de *Alien & Sedition Acts* (1798)²⁹ goed. Naast het verhogen van de verblijfsduur voor het verkrijgen van de VS-nationaliteit wordt een wettelijke grondslag gecreëerd voor het deporteren van vreemdelingen die een gevaar betekenen voor de openbare orde. Het publiceren van valse of misleidende berichten over regering, parlement of President met de intentie hen te beledigen of schade toe te brengen aan hun reputatie wordt federaal strafbaar gesteld. De *Bill of Rights*³⁰ was toen nog geen zeven jaar oud. 2/ President Lincoln maakt tijdens de Burgeroorlog³¹ uitgebreid gebruik van zijn presidentiële bevoegdheden en zet hierbij het *Congress* buiten spel. Ook schorst hij de werking van de *habeas corpus* op. Ongeveer 13.000 mensen worden gearresteerd en vastgehouden zonder verdere vorm van proces. De *Supreme Court* verplicht de President om de *habeas corpus* te respecteren,³² maar deze uitspraak wordt vervolgens geneutraliseerd door het *Congress*, dat het presidentiële besluit met terugwerkende kracht goedkeurt 3/ In 1917 verklaren de VS de oorlog aan Duitsland. Door de goedkeuring van de *Espionage Act* (1917) en de *Sedition Act* (1918) wordt kritiek op regering en op parlement strafbaar gesteld en ook in de praktijk gebruikt tegen dissidenten. De vrije meningsuiting wordt aan banden gelegd. 4/ Door de Japanse aanval op Pearl Harbor in 1941 raakt de VS betrokken in WO II. President Roosevelt geeft aan de militairen toelating om personen te weren uit bepaalde zones.³³ Niet-medewerking aan reallocatie wordt strafbaar gesteld. Eén jaar later zijn 120.000 Japans-Amerikaanse burgers, waarvan veel in de VS geboren, opgesloten in kampen. De *Supreme Court* beoordeelt het presidentieel besluit als grondwetconform.³⁴ Anderzijds heeft de *Supreme Court* in 1942 geoordeeld³⁵ dat burgers niet door militaire rechtbanken veroordeeld kunnen worden, ook niet in tijden van grote dreiging. 4/ In de koude oorlog volgt het *Congress* de initiatieven van senator McCarthy om politiek ongewenste verenigingen te weren. De anti-communisme en anti-socialisme vervolgingen worden vooral gebaseerd op de *Smith Act* (1940),³⁶ die aanzetten tot geweld tegen de regering strafbaar stelt. De *Supreme Court* legitimeert de vervolgingen.³⁷ De *McCarran-Walter Act* (de migratie en nationaliteitswet van 1952) maakt het op basis van *guilt by association*³⁸ mogelijk om personen met banden met communistische of anarchistische groeperingen te deporteren, zonder dat er bewezen moet worden dat de organisatie illegale doelen nastreeft of dat die personen betrokken zijn bij concrete handelingen.³⁹ Het veto van President Truman tegen het wetsvoorstel werd overstemd in het *Congress*. De *Supreme Court* acht in 1961 de verenigingsschuld als strijdig met het Eerste Amendement van de Grondwet.⁴⁰

Het gebruik van presidentiële bevoegdheden om uitzonderingswetgeving te introduceren is dus niet uitzonderlijk in de VS. Tevens is opvallend dat in veel gevallen of het *Congress* bevoegdheden heeft gedelegeerd of ze *a posteriori* wetgevend heeft afgedekt. In de VS bestaat er wel een levendig debat over de reikwijdte van die bevoegdheden van het *Congress* en van de President in relatie tot het respect voor de democratische rechtsstaat.⁴¹

3.2. Anti-Terroriswetgeving in de VS

Met de *Patriot Act* is de VS niet aan haar proefstuk toe inzake de bestrijding van terrorisme. In 1986 tekent President Reagan de federale *Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*.⁴² De Act heeft tot doel om de diplomatieke vertegenwoordigingen en essentiële infrastructuur, zoals militaire kazernes en Amerikaanse schepen, te beschermen. De wet breidt de strafrechtelijke jurisdictie⁴³ gevoelig uit door bepaalde handelingen van

27 I. Glaser, *More safe, less free: a short history of wartime civil liberties* in D. Goldberg e.a. *It's a free Country. Personal Freedom in America after Sept. 11*, RDU Books, NY, 2002, 11-24.

28 Zie B. Schwartz (ed), *The Warren Court: A Retrospective*. New York, Oxford University Press. 1996.

29 Zie 50 U.S.C. §§ 21-24 (2000) voor de huidige wetgeving op basis waarvan de president personen kan deporteren als ze de nationaliteit hebben van een natie waarmee de VS in oorlog is.

30 De eerste tien amendementen van de Grondwet werden geratificeerd met de goedkeuring van de elfde staat, Virginia op 15 December 1791.

31 M. Mathews, *Restoring the imperial Presidency: an examination of president Bush's new emergency powers*, 23 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 455.

32 *Prize Cases*, 67 U.S. 635 (1863).

33 Executive Order No 9066, & Fed. Reg. (1942).

34 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944). Veertig jaar later wordt de zaak herzien en betaalt de VS schadevergoeding uit.

35 *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304 (1946).

36 John Alan Cohan, *Seditious Conspiracy, the Smith Act, and Prosecution for Religious Speech Advocating the Violent Overthrow of Government* 17 *St. John's J. Legal Comment.* 199 *Saint John's Journal of Legal Commentary*, Winter/Spring 2003.

37 *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951).

38 Keisha A. Gary, *Congressional Proposals to revive Guilt by Association: An Ineffective Plan to Stop Terrorism*, 8 *Geo. Immigr. L.J.* 227 *Georgetown Immigration Law Journal* Spring, 1994.

39 Voor een goed overzicht van de uitzonderingswetgeving tegen de communisten, zie Marc Rohr, *Communists and the First Amendment: The Shaping of Freedom of Advocacy in the Cold War Era*, 28 *San Diego L. Rev.* 1 *San Diego Law Review*, February/March, 1991.

40 *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

41 D. Cole, *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2003 (38 *Harv. C.R.- C.I. L. rev.* 1).

42 *Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act of 1986*, Pub. L. No 99-399, 100 Stat. 855. See G.C. Clark, *History repeating itself: the (d)evolution of recent British and American antiterrorist legislation*, 27 *Fordham Urb. L. J.* 247; R. Smith, *America Tries to come to terms with terrorism. The US anti-terrorism and effective death penalty act of 1996 v. British anti-terrorism law and international response*, 5 *Cardozo J.Int'l & Comp.* 249.

43 Zie B. S. Chabner, *The Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986: prescribing and enforcing United States law against terrorist violence overseas*, 37 *UCLA L. Rev.* 985.

internationaal terrorisme tegen Amerikanen, gepleegd door niet-Amerikanen, onafhankelijk van de plaats van de handeling, strafbaar te stellen. In het wetsvoorstel wordt internationaal terrorisme gedefinieerd door te verwijzen naar de *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA).⁴⁴ De handelingen zelf zijn in de wet beperkt tot geweldsdelicten tegen personen, inclusief de poging en de beraming. De reikwijdte van de jurisdictie is dus sterk afhankelijk van de invulling door de uitvoerende macht van het basisconcept internationaal terrorisme. De verklaring van de AG biedt weinig juridische garanties en ze kan niet voor de rechter worden aangevochten. Na de kaping van het cruiseschip Achille Lauro en de moord op een Amerikaanse passagier en andere PLO-activiteiten wordt de *Anti-Terrorism Act* van 1987⁴⁵ aangenomen, waardoor de PLO tot een terroristische organisatie wordt verklaard.⁴⁶

In 1993 worden de VS geconfronteerd met een eerste ernstige terroristische aanslag op eigen bodem, een bomaanslag op het World Trade Center in New York. Ondanks het beperkt aantal doden (6) en de snelle berechting van de verdachten wordt *domestic terrorism* als zeer bedreigend ervaren door publiek en politiek. In 1995 ontwerpt de regering Clinton een specifieke federale anti-terroriswet, de *Omnibus Counterterrorism Act*,⁴⁷ die de strafrechtelijke jurisdictie aanscherpt voor terrorisme gepleegd in de VS of vanuit de VS en de financiering van het terrorisme strafbaar stelt. Na de bomaanslag op een federaal gebouw in Oklahoma City, waarbij 168 mensen het leven lieten, wordt het wetsvoorstel verder aangescherpt.⁴⁸ Met name de tapbevoegdheden van de FBI en de toegang tot de gegevens van dienstenaanbieders (reisagentschappen, kredietkaartmaatschappijen, etc.) worden fors verruimd. Clinton krijgt de volle steun van de Senaat, die in juni de *Comprehensive Terrorism Prevention Act* (1995) met bijna unanimiteit goedkeurt.⁴⁹ In het Lagerhuis komt er evenwel verzet vanuit republikeinse hoek, bezorgd over de inperking van constitutionele burgerrechten en over de groeiende bevoegdheid van de federale handhavingsorganen. De *Judiciary Committee* van het Lagerhuis komt met een eigen voorstel. In maart 1996 wordt die versie, de *Effective Death Penalty and Public Safety Act* (AEDPA), door het Lagerhuis goedgekeurd met 229 tegen 191 stemmen. In april 1996 zet Clinton zijn handtekening. De kern van de voorstellen van de regering-Clinton zijn overeind gebleven, met uitzondering van een aantal nieuwe FBI-bevoegdheden. Belangrijk zijn de volgende punten. De regering (State Department) en dus niet het parlement beslist voortaan over de kwalificatie terroristische organisatie.⁵⁰ Het is niet noodzakelijk dat de organisatie strafbare feiten begaat om onder die kwalificatie te vallen. Het is voldoende dat de groep terroristische activiteiten ontplooit die de veiligheid van VS-burgers of de veiligheid van de VS zelf in gevaar brengt. De *Immigration and Nationality Act* definieert terroristische activiteit als het gebruik van geweld. De veiligheid van de VS wordt in gevaar gebracht als belangen van defensie, buitenlandse zaken of economische belangen van de VS in het geding zijn. De beslissing van de regering kan slechts zeer beperkt worden getoetst door de rechter, want de regering mag hiervoor geheime informatie ge-

bruiken en de toetsingsgronden zijn voor de rechter beperkt. Een organisatie als de ANC kon dus perfect aan die kwalificatie voldoen. Kwalificatie voor de lijst en dus de definitie van terroristische strafbare feiten wordt zeer afhankelijk gemaakt van politieke overwegingen van de regering. De wet voert voorts opnieuw *guilt by association* in door alle materiële steun, inclusief fondswerving, voor die organisatie te verbieden, ook al gaat de materiële steun bijvoorbeeld naar humanitaire doelen. Financiële instellingen moeten wereldwijd de tegoeden van de organisatie bevriezen. De leden van de organisatie wordt toegang tot de VS ontzegd of ze worden gedeporteerd. Titel IV van de Wet voorziet in speciale geheime deportatierechtbanken (*removal courts*). Ze nemen deportatiebeslissingen op basis van geheime informatie met ontkenning van alle rechten van de verdediging. Hun beslissing is geheim.

De AEDPA wordt door de regering selectief gebruikt.⁵¹ Slechts na 18 maanden komt de regering met de eerste lijst aan terroristische organisaties. *Secretary of State Albright* plaatst dertig organisaties op die lijst,⁵² die worden aangeduid als *special designated terrorists* of SDTs. Het aantal vervolgingen voor materiële steun is op één hand te tellen. Wel is vaak gebruik gemaakt van geheim bewijs om vreemdelingen te deporteren.

In 1996 werd een ander voorstel van de Clintonregering goedgekeurd, namelijk de *Aviation Security and Anti-Terrorism Act*.⁵³ Ook hier werden door het Lagerhuis al te ruime opsporingsbevoegdheden aan banden gelegd. Noodwetgeving is voorts niet alleen te vinden in specifieke anti-terroriswetten. Ook in het kader van de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit werd het makkelijker om de financieringstromen van criminele organisaties aan te pakken en te confisceren. Eveneens kregen de handhavingsorganen ruimere bevoegdheden via wetge-

44 50 U.S.C.A par 1801: internationaal terrorisme is een inbreuk op het strafrecht van de VS of van andere landen die blijkbaar is bedoeld om de bevolking te intimideren of onder druk te zetten, om het beleid van de regering te beïnvloeden of de handelingen van de regering bij te sturen.

45 Anti-Terrorism Act of 1987, 22 U.S.C. 5201-5203 (1987).

46 De pogingen om de PLO te weren uit de UNO mislukken evenwel. De VS verliest de rechtszaken hierover.

47 Omnibus Counterterrorism Act of 1995, H.R. 896, S. 390, 104th Cong. (1996).

48 The Anti-Terrorism Amendment Acts of 1995. Zie President's Message to Congress Anti-Terrorism Amendments Act of 1995, U.S.C.C.A.N., 104th Congress at D35 (May 3, 1995).

49 Comprehensive Terrorism Prevention Act of 1995, S. 735, 104th Cong. (1995).

50 Een voorstel in die zin was onder Reagan regering gesneuveld wegens constitutionele bezwaren. De PLO was door een wet van het Parlement, de Anti-Terrorism Act van 1987, tot terroristische organisatie verklaard.

51 Zie D. Cole & J.X. Dempsey, o.c. hfdst 10.

52 Een paar voorbeelden: Abu Nidal Organization, Euzkadi Ta Askatasuna (ETA), HAMAS, Hizballah, Gama'a al-Islamiyya, al-Jihad, Khmer Rouge, Kurdistan Workers' Party, Tamil Eelam, Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC), Shining Path (Sendero Luminoso), Tupac Amaru Revolutionary Movement. De IRA staat niet op deze lijst.

53 Aviation Security and Anti-terrorism Act of 1996, H.R. 3953, 104th Cong. (1996).

ving voor de veiligheidsdiensten. Zo geeft de *Fiscal 1999 intelligence authorization Act*⁵⁴ de FBI de bevoegdheid om *roving wiretaps* toe te passen, waarmee de communicatie van een persoon kan worden getapt, ook al verandert hij van communicatiemiddel. Tevens krijgt de FBI toelating om bij contra-terrorisme gebruik te maken van het *pen register and trap and trace devices*, waardoor ze toegang krijgen tot veel *non-content* informatie bij service providers, zoals bijvoorbeeld welke telefoonnummers via een bepaalde telefoon gedurende een bepaalde periode zijn opgebeld.

De anti-terroriswetten van de regering Bush wordt dus zeker niet in een vacuüm geboren. Onder de regering-Reagan en die van Clinton zijn belangrijke bouwstenen gelegd. De anti-terroriswetten van de regering-Bush wordt uitgewerkt op drie fronten. Er is de formele *Patriot Act* van het *Congress*. Daarnaast zijn er de presidentiële besluiten en ten slotte is ook AG Ashcroft zeer actief met het uitvaardigen van interne richtlijnen.

4. Analyse van de Patriot Act

De *Patriot Act* telt ongeveer 350 pagina's en amendeert in tien titels meer dan 15 bestaande federale wetten, waaronder het *Wiretap Statute*, de *Computer Fraud and Abuse Act*, de *Foreign Intelligence Surveillance Act*, het *Pen Register and Trap and Trace Statute*, de *Immigration and Nationality Act*, de *Money Laundering Act* en de *Bank Secrecy Act*. De complexiteit is ongetwijfeld de reden waarom er in de VS nog geen enkel boek is verschenen dat de *Patriot Act* in de breedte en in de diepte analyseert. Een aantal hervormingen zijn zeer substantieel, maar het venijn zit hem vaak in de details. In april 2003 heeft het *Committee on the Judiciary* van het Lagerhuis⁵⁵ een waslijst aan pittige vragen voorgelegd aan het DoJ. De antwoorden⁵⁶ verlenen op een aantal punten aardig inzicht in de toepassingpraktijk, hetgeen in de analyse is verwerkt.

4.1. Interne veiligheid

Het DoJ en het FBI krijgen geheime fondsen ter beschikking voor terrorismebestrijding en contra-terrorisme⁵⁷ (Sec. 101 & 103). Hieruit kunnen beloningen aan tipgevers en informanten en de kosten voor de detentie van terrorismeverdachten in het buitenland worden betaald. Tevens wordt bij de *Secret Service* een speciale taskforce opgezet voor de preventie en opsporing van cyberterrorisme, zoals aanvallen op betalingsnetwerken of cruciale digitale infrastructuur. De AG en de *Secretary of State* krijgen meer ruimte om financiële beloningen uit te betalen in het kader van de bestrijding van terrorisme (Sec 501- 502). De DNA-databank wordt verrijkt met gegevens van personen verdacht van terrorisme en geweldsdelicten (Sec 503). Educatieve instellingen kunnen worden verplicht om hun gegevens over cursussen, ingeschreven leerlingen, geraadpleegde literatuur ter beschikking te stellen (Sec 507-508). Ook moeten direct marketing bedrijven ruimere toegang verstrekken tot hun persoonsgegevens (Sec 505). Voorts worden er speciale fondsen ingericht voor de bijstand aan slachtoffers van terrorisme (Sec 621-624) en komen er speciale fondsen voor een veilig netwerksysteem voor alle federale en statelijke law en-

forcement agencies (Sec. 701). Tot slot zijn in de *Patriot Act*, met name in titel IX, specifieke bepalingen opgenomen over informatie-uitwisseling tussen de diensten belast met handhaving, zoals de FBI, en de inlichtingendiensten (CIA, etc.)⁵⁸.

4.2. Afluisteren van mondelinge communicatie, aftappen van elektronisch en digitaal verkeer en doorzoeken

4.2.1. Historische achtergrond en uitgangspunten⁶⁰

De bepalingen over afluisteren, tappen en doorzoeken van digitaal en elektronisch verkeer zijn vooral amenderingen op bestaande regelingen (federale strafvordering, FISA en federaal materieel strafrecht) en moeten dus in een ruimere context worden geanalyseerd.⁶¹ Sinds de jaren '60 is in de rechtspraak van de *Supreme Court*, met name over het vierde Amendement (*warrant clause*), de rechterlijke controle op het gebruik van opsporingsbevoegdheden een vast thema. Het vierde Amendement stelt uitdrukkelijk dat rechterlijke machtiging pas kan worden verstrekt als er sprake is van *probable cause*. In *Katz v. U.S.* heeft het *Supreme Court* besloten dat voor het afluisteren van gesprekken (*bugging*) een rechterlijke machtiging nodig is, tenzij het gaat over een zaak die gerelateerd is aan nationale veiligheid. In *Berger v. New York*⁶² stelt het *Supreme Court* dat de rechterlijke machtiging tot het tappen van telefoongesprekken (*wiretapping*) voldoende specifiek moet zijn wat betreft de doelgroep, de methode en de tijdsduur. In 1968 regelt de wetgever de materie in Titel III van de *Omnibus Crime Control and Safe Street Act*. De voorwaarden voor het verkrijgen van een rechterlijke machtiging worden wettelijk vastgelegd. De handhavingsorganen moeten *probable cause*⁶³ kun-

54 Sec. 604 of Pub. L. 105-272, 112 Stat. ,2396, 2413, amending 18 U.S.C. par. 2518(1)(b).

55 Zie letter of Rep. F. James Sessenbrenner, Jr en Rep John Conyers of the House Judiciary Committee to Attorney General Ashcroft met vijftig pittige vragen, vooral over elektronische opsporingstechnieken en migratiewetgeving en terrorisme.

56 Zie voor vragen en antwoorden <www.house.gov/judiciary/patriot040103.htm>.

57 Titel I, Sec 101 & 103.

58 Zie J.A.E. Vervaele, 'Gegevensuitwisseling en terrorismebestrijding: discretionair strafrecht sub rosa?', in M. Boone, e.a. (eds.), *Discretie in het strafrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2004, ter perse.

59 Zie <<http://www.eff.org/Privacy/Surveillance//CALEA/>> voor de wetgeving en commentaar.

60 *Katz v. U.S.* 389 U.S. 347 (1967).

61 Voor een goed overzicht zie O. S. Kerr, Internet Surveillance law after the USA Patriot Act: The Big Brother That Isn't, 97 Nw. U.L.Rev. 607.

62 *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967).

63 De handhavingsorganen moeten daarvoor *reasonable grounds to believe* hebben dat de te verkrijgen informatie relevant en materieel terzake is voor het lopende onderzoek. De *Supreme Court* hanteert bij het vaststellen van *probable cause* een twee stappen analyse. In de eerste plaats wordt er gekeken naar de feitelijke situatie die aanleiding geeft tot het verzoek. In de tweede plaats wordt er gecontroleerd of die feiten voor een 'objective reasonable police officer' overtuigend zijn dat er een misdrijf is gepleegd en dat de gevraagde opsporingshandeling bewijs zal opleveren (offer facts establishing a likelihood that a crime has occurred and that evidence of the crime exists in the location, Searching and Seizing Computers and obtaining electronic Evidence in criminal investigations, Search and Seizure Manual. Department of Justice, July 2002).

nen aantonen in een *affidavit*.⁶⁴ In de regel is dus een rechterlijke machtiging vereist, maar hierop bestaan talloze uitzonderingen.⁶⁵ Ook voor het tappen zonder machtiging mag de handeling niet onredelijk zijn en moet er in hoofde van het opsporingsorgaan ook *probable cause* aanwezig zijn.⁶⁶ In de *Act* wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat 'the statute does not limit the constitutional power of the President to take such measures as he deems necessary to protect the Nation against actual or potential attack of other hostile acts by foreign powers, to obtain foreign intelligence information deemed essential to the security of the US, or to protect national security information against foreign intelligence activities'.⁶⁷ Kortom, tappen zonder rechterlijke machtiging is sowieso mogelijk in binnenlands en buitenlands opsporingsonderzoek ter bescherming van de nationale veiligheid. In 1972 beslist de *Supreme Court* in de *Keith case*⁶⁸ dat de Grondwet een rechterlijke machtiging verplicht stelt als de opsporing betrekking heeft op 'domestic individuals and having "no significant connection" with a foreign power'. De wetgever heeft de boodschap begrepen en in 1978 wordt de inmiddels beruchte *FISA surveillance*⁶⁹ ingevoerd die het mogelijk maakt om 'foreign powers and their agents' zonder rechterlijke machtiging af te luisteren en te tappen. Voor het tappen of af luisteren van gerelateerde VS-burgers of VS-ingezetenen moet een rechterlijke machtiging worden verleend door een geheime FISA-rechtbank. In de periode tussen de inwerkingtreding van FISA (1978) en 1 september 2001 is 47 keer gebruik gemaakt van die mogelijkheid. In de periode september 2001 tot eind 2002 alleen al is er 113 keer gebruik van gemaakt.⁷⁰

Bij de discussie over de toegang tot elektronische en digitale informatie in het kader van de opsporing speelt een aantal concepten een rol. Belangrijk is het onderscheid tussen inhoud (*content information*) en vorm (*addressing information*), vergelijkbaar met de enveloppe en de brief. Voorts is van belang of de controle gebeurt in real time of niet en of het gaat over prospectieve controle (telefoontap) of retrospectieve controle (toegang tot opgeslagen informatie, bijvoorbeeld in emails of voicerecorders). Uiteraard is er ook een onderscheid tussen de directe controle door de dienstenaanbieder of de exploitant van de informatienetwerken of de controle door de handhavingsorganen zelf (vorderen van gegevens, aftappen, etc.).

Titel II van de *Patriot Act* amendeert zowel de opsporingsbevoegdheden onder het commune federale strafprocesrecht (Titel III *Crime Control Act*) als in het FISA-veiligheidsstraf(proces)recht. Het is handig om bij beide regimes een onderscheid te maken tussen af luisteren (*interception order*), vordering telecomgegevens (*pen/trap orders*), uitlevering van stukken (*subpoenas*) en doorzoeking (*search warrants*). Door Titel II van de *Patriot Act* worden de digitale opsporingsmogelijkheden aanzienlijk verruimd en minder afhankelijk van rechterlijke machtiging. Dat die verruiming van bevoegdheden in de regel niet beperkt is tot terrorismemisdrijven blijkt nu pas door te dringen bij politiek Washington.⁷¹

4.2.2. *Interception orders and wiretaps*⁷²

In het commune strafprocesrecht is voor het af luisteren van mondelinge gesprekken en het plaatsen van bugs (*electronic eavesdropping*) of het tappen (dus inclusief toegang tot de inhoud van de gesprekken in *real time*) een rechterlijke machtiging nodig, die in de praktijk in 99,9% van de gevallen wordt toegekend.⁷³ De rechter kan die slechts geven voor een exclusieve lijst aan misdrijven en hij moet met *probable cause* vaststellen dat de verdachte het misdrijf heeft gepleegd en met *probable cause* vaststellen dat de opsporingsmethode bewijs zal opleveren. De opsporingsorganen moeten aan de rechtbank binnen dertig dagen rapporteren. De rechter kan de periode verlengen met dertig dagen. Interceptie en tappen kan zonder rechterlijke machtiging indien een speciaal bevoegd opsporingsofficier verklaart dat er redelijke indicaties zijn dat a/ er een onmiddellijke dreiging is voor het leven of de fysieke integriteit van personen of b/ dat er samenzwering is tegen de nationale veiligheid of c/ dat er samenzwering is van georganiseerde misdaad en d/ dat een rechterlijke machtiging had kunnen worden verkregen. Bij deze *emergency interception* is er *a posteriori* machtiging door de rechter nodig binnen 48 uur. Door de *Patriot Act* wordt terrorisme, computerfraude en computermisbruik toegevoegd aan de specifieke toepassingslijst (Sec 201). Misdrijven als moord, hijacking, kidnapping stonden al op de lijst, maar door de ruime *Patriot*-definitie van terrorisme⁷⁴ wordt het toepassingsbereik fors verbreed. *Roving wiretaps*⁷⁵ worden de regel. Noch de plaatsen, noch de faciliteiten die getapt zullen worden moeten specifiek vermeld worden (Sec 206). Een subjectmelding volstaat en alle communicatiemiddelen vallen onder het toepassingsbereik. *Roving wiretaps* zijn mogelijk als aangetoond kan worden dat de persoon 'have demonstrated a purpose to thwart interception by changing facilities'. In de praktijk zijn ze vaak blanco-toelatingen.

64 De *affidavit* kan gebaseerd zijn op informatie van een informant, zonder dat zijn identiteit wordt bekendgemaakt, op voorwaarde dat de politie-officier hierover op een tegensprekelijke wijze is ondervraagd.

65 Zie T.P. Metzler, e.a., *Warrantless searches and seizures*, Georgetown Law Journal, 2001 (89 Geo. L. J. 1084) & S. M. Beck, *Overview of the Fourth Amendment*, Georgetown Law Journal, 2001 (89 Geo. L. J. 1055).

66 *Draper v. U.S.* (1959).

67 18 U.S.C. par 2511 (3).

68 *U.S. v. U.S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).

69 De *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)* definieert *foreign intelligence* als: 'information relating to the capabilities, intentions, or activities of foreign governments or elements thereof, foreign organizations, or foreign persons, or international terrorist activities' (50 U.S.C. par 401(a)).

70 Justice Department Lists Use of New Power to Fight Terror, NY Times, 21 mei, 2003.

71 Zie E. Lichtblau, U.S. uses terror law to pursue crimes from drugs to swindling, *The New York Times*, 27 september 2003.

72 Title III orders (title III van Omnibus Crime Control and Safe Street Acts of 1968), 18 U.S.C. 2510-2522.

73 Zie <<http://www.uscourts.gov/wiretap01/table701.pdf>>.

74 Zie punt 4.4.

75 18 U.S.C. par 2518 (11)(a) en (b).

Voor opgeslagen info, zoals *voicemail*, is geen *interception order* meer vereist onder de *Patriot Act* (zie 4.3.4). Voor het onderscheppen van vermoede daders van computervrededreuk (computer trespassers) is geen toelating van de rechter meer nodig (Sec 217). Sec 202 maakt het mogelijk om ook on line communicatie te tappen voor inbreuken op de *Computer Fraud and Abuse Act*, bijvoorbeeld in de strijd tegen hackers die inbreken in teleconferenties.

In het FISA-straftrecht⁷⁶ volstaat het dat de AG certificeert dat 'the purpose of an order is a suspicion that the target is a foreign power or an agent of a foreign power'. Het tapbevel moet specifiek aangeven wie de *target* is en bij wie de operatie zal worden uitgevoerd. De toelating wordt verstrekt door de FISA-rechtbank, die op basis van geheim bewijs en met een marginale beoordelingsmarge beslist. De beslissing is geheim. De toelating is geldig voor 90 dagen of zelfs voor één jaar indien het een buitenlandse mogendheid betreft. Er hoeft niet te worden gerapporteerd aan de FISA-rechtbank. De *Patriot Act* heeft de toepassing behoorlijk verbreed. Alle communicatiemiddelen die de *target* gebruikt mogen voortaan worden getapt en degene die de tap moet uitvoeren hoeft niet meer geconcretiseerd te worden in de aanvraag en in het bevel. Op deze wijze zijn dus ook *roving wiretaps* onder FISA mogelijk en dit voor een periode van 120 dagen (Sec 206-207). Bovendien is voldoende dat de AG certificeert dat het gaat over 'a significant purpose' in plaats van 'the purpose', hetgeen de toepassing van FISA versoepelt, waardoor het materiële toepassingsbereik aanzienlijk wordt vergroot.

4.2.3. Vordering telecomgegevens (*Pen/trap orders*)⁷⁷

In het commune strafrecht is in 1986 in het *Pen Register and Trap and Trace Statute* de toegang tot en vergaring van non-content communicatiegegevens gereguleerd. Met een *pen/trap order* kunnen bijvoorbeeld alle telefoonnummers worden getraceerd van of naar een bepaald telefoonnummer. Het is voldoende dat aan de rechtbank wordt gecertificeerd dat de informatie relevant is voor een lopend strafrechtelijk onderzoek. De *order* kan ook worden toegepast op andere personen dan de verdachte, dus inclusief derden. Er hoeft niet te worden teruggerepporteerd naar de rechtbank. Over de vraag of de regelgeving ook *online pen/trap orders* toelaat zijn in de rechtspraak tegenstrijdige uitspraken gedaan. Door de *Patriot Act* worden de *orders* nu expliciet van toepassing op elektronische netwerken. Daardoor worden bijvoorbeeld email-, IP en IP remote-adressen⁷⁸ toegankelijk gemaakt. *Pen/trap orders* zijn *non-content orders*, maar over het toepassingsbereik van niet-inhoudelijke informatie is nogal wat discussie als het gaat over elektronische netwerken. Alle informatie over gedraaide nummers, adressering, signalering van informatie, 'van' en 'naar' in email valt eronder, evenals *webbrowsing*. Het subjectveld in emails is wel inhoudelijke informatie. In ieder geval is duidelijk dat de informatie die verkregen kan worden via *pen/trap orders* verder gaat dan louter identificerende gegevens (NAW-gegevens), en ook betrekking kan hebben op de duur, de data, de plaats en de

aard van dienstverleningen en rekening- en betalingsgegevens bijvoorbeeld en dus ook gevoelige privacy gegevens kan bevatten. In de *Patriot Act* zijn de *pen/trap orders* niet beperkt tot terrorismemisdrijven.

Door de *Patriot Act* (Sec 220) wordt ook afgeweken van de basisregel dat een rechtbank alleen een toelating kan verstrekken voor zijn eigen jurisdictie. Vaak lopen communicaties evenwel via concurrerende dienstenaanbieders van vaste en niet vaste verbindingen met zetel in verschillende staten in de VS. Nu moet in de *pen/trap orders* van de federale rechtbanken de identiteit van de providers niet meer worden gespecificeerd en de *orders* hebben geldigheid, natiebreed in het gehele territorium van de VS. De FBI kan bij dienstenaanbieders ook eigen *pen/trap* apparatuur installeren. Hiervoor is er een toezichtsprocedure bij de rechtbank vereist.

In het FISA strafrecht zijn de voorwaarden voor een *pen/trap order* strenger dan onder het commune regime. Relevantie voor het lopend onderzoek is niet voldoende, er dient ook aangegeven te worden dat het communicatiemiddel is gebruikt om een 'agent of a foreign power' te contacteren. De wetgever heeft duidelijk willen vermijden dat VS-burgers teveel het voorwerp zouden worden van geheime *pen/trap orders*. Door de *Patriot Act* (Sec 214) is de *pen/trap order* nu mogelijk van zodra ze betrekking heeft op 'foreign intelligence information' en geen betrekking heeft op een US burger of indien het toch een VS-burger betreft als de order tot doel heeft om te beschermen tegen internationaal terrorisme en clandestiene activiteiten en niet uitsluitend betrekking heeft op activiteiten beschermd door het 1st Amendment (vrijheid van meningsuiting). Ook hier is het criterium van 'the purpose' vervangen door 'a significant purpose' (Sec. 218).

4.2.4. Vordering tot uitlevering van opgeslagen informatie (*subpoenas for stored information*)

Vele specifieke wetten voorzien in de mogelijkheid tot het vorderen van uitlevering van stukken op straffe van boete. Ook de *Grand Jury* heeft die bevoegdheid op basis van het federaal strafrecht en maakt er veel gebruik van. *Probable cause* is voor de *Grand Jury* niet vereist. Over de toepassing van die uitleveringsbevelen op elektronisch opgeslagen informatie (emails, abonnementslijsten, transactie-overzichten in handen van dienstenaanbieders) bestond veel onenigheid, door de onduidelijkheid hierover in de *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA). De *Patriot Act* heeft de ECPA gemendeerd (Sec 209-210). *Suppoenas* kunnen voortaan worden gebruikt, niet alleen voor het verkrijgen van bepaalde gegevens (zoals naam adres, betaalmiddel, etc.) van klanten van dienstenaanbieders, maar ook voor het

76 50 U.S.C.A. 1801-1811.

77 18 U.S.C. 3121-3127.

78 Internet Protocol adres is het adres dat door de provider wordt toegekend aan een gebruiker voor een sessie, het remote IP-adres is het adres van de gebruiker bij het inloggen bij de Provider.

verkrijgen van gerelateerde gegevens (zoals de nummers van kredietkaarten of bankrekeningen, het IP- en IP remote-adres) en dit voortaan voor alle internetcommunicatie. *Probable cause* is geen vereiste. Op die wijze wordt het voor de handhavers veel makkelijker om de ware identiteit van gebruikers te achterhalen. Dit instrument wordt in de praktijk veel gebruikt en laat ook toe om zonder een rechterlijke machtiging de hand te leggen op informatie over de duur van communicatie, over tijdelijk toegekende netwerk adressen, etc. Tevens kan op die manier inzage worden verkregen, niet alleen in de opgeslagen emails, maar ook in de opgeslagen voicemails, dus zowel voor elektronisch als voor wire-opgeslagen informatie. Voor voicemails was vóór de *Patriot Act* nog een *wiretap* machtiging nodig onder het *Wiretap Statute*. Voordeel is ook dat hiermee alle MIME (*Multipurpose Internet Mail Extensions*) kunnen worden ingezien, dus ook email met alle soorten attachments (data, voicemails, etc).

Tevens heeft de *Patriot Act* (Sec. 211) de kabelmaatschappijen, die inmiddels ook email- en telefoondiensten aanbieden, op gelijke voet geplaatst met telefoon- en internetmaatschappijen. Voordien was toegang tot gegevens van kabelmaatschappijen zeer beperkt. De *Cable Act* voorzag in een gerechtelijke procedure, waarbij het OM moest aantonen dat er ten aanzien van de betrokkene sprake was van 'clear and convincing evidence' dat hij kon worden beschouwd als 'reasonable suspected of engaging in criminal activity', een bewijs criterium strenger dan *probable cause*. Ook de gebruiker moest op de hoogte worden gesteld en was dus partij in de procedure. Op basis van Sec. 212 kunnen de dienstenaanbieders nu ook *non-content* gegevens vrijwillig doorsturen naar de handhavers als er sprake is van urgente omstandigheden die levensbedreigend zijn. Content-gegevens konden al doorgestuurd worden.

In het FISA-straftrecht was er altijd een rechterlijke machtiging vereist voor *subpoenas*, waarbij moest worden aangetoond, zonder *probable cause*, dat het doelobject een vreemde mogendheid of agent van een vreemde mogendheid was. De materiële toepassing van de *subpoena* was beperkt tot reisagentschappen en vervoermaatschappijen, etc. Door Sec. 215 van de *Patriot Act* is de *FISA subpoena* gevoelig verruimd tot alle 'tangible things', dus ook boekhouding van bedrijven bijvoorbeeld. De rechterlijke machtiging is nog steeds noodzakelijk, maar voortaan hoeft alleen aangetoond te worden dat de informatie relevant is voor het lopend onderzoek (*relevance standard*)⁷⁹ naar terrorisme-misdrijven of voor de informatiepositie over buitenlandse mogendheden of hun agenten. De geadresseerde van de *FISA subpoena* hoeft geen enkele relatie te hebben met de criminele activiteit, voldoende is dat hij relevante informatie kan aanleveren. De *FISA subpoena* is ook van toepassing op VS burgers, maar bij hen mag het onderzoek niet uitsluitend betrekking hebben op 1st Amendment informatie.

Voorts heeft het *Congress* aan DoJ de bevoegdheid gegeven⁸⁰ om *national security letters* uit te schrijven op basis waarvan ondernemingen gegevens moeten ver-

strekken over financiële transacties, telefoongesprekken, emails, etc. Aan de ondernemingen wordt ook verboden dat ze de klanten in kennis stellen van de verstrekking van gegevens.

4.2.5. Machtiging tot doorzoeking (*physical search warrants*)⁸¹

In het commune strafprocesrecht is voor een doorzoeking een rechterlijke machtiging (*search warrant*) nodig waarvoor *probable cause* is vereist. De recente jurisprudentie van de Supreme Court heeft veel situaties hiervan uitgezonderd en ook gelimiteerd uitstel van kennisgeving van de doorzoeking conform het 4th Amendment bevonden. De *Patriot Act* heeft de uitzonderingen op de *knock and announce rule* fors verruimd (Sec.213), waardoor de geheime rechterlijke machtiging (*sneek and peak*) de regel kan worden bij terrorismemisdrijven.⁸² De *sneek and peak* is vooral bedoeld voor doorzoeken,⁸³ maar wordt ook toegepast voor inbeslagneming.⁸⁴ De *sneek and peak* wordt ook gebruikt voor het *buggen* van computers. De *Patriot Act* maakt ook een einde aan de lappendeken aan regels en jurisprudentie met betrekking tot de *sneek and peak*.⁸⁵ De uniforme standaard wordt dat de notificatie van de doorzoeking mag uitgesteld mag worden 'if the court finds reasonable cause to believe' dat voorafgaande notificatie zou kunnen resulteren in gevaarstelling voor mensen, bedreiging van getuigen, vervreemden van bewijs, bemoeilijken van het onderzoek, vluchtgevaar, etc. Het uitstel wordt toegekend voor een *reasonable period*. In de praktijk wordt veelal 90 dagen gehanteerd, maar die periode kan worden verlengd. In juli 2003 heeft het Lagerhuis de uitbreiding van de *sneek and peak* bevoegdheid in de *Patriot Act* met een verrassende meerderheid⁸⁶ weggestemd. De AG heeft ogenblikkelijk een campagne opgestart om de bevoegdheid te behouden. Dit voorstel is nog steeds in behandeling bij de bevoegde Senaatscommissie.

79 Dit onderzoek wordt verder geregeld in de AG Guidelines for FBI Foreign Intelligence Collection and Foreign Counterintelligence Investigations, die zijn goedgekeurd op basis van de *Executive Order* 12333 (zie infra punt 5.1.). Deze richtlijnen zijn evenwel geheim.

80 Op basis van U.S.C. par 3414(a)(5)(the Right to Financial Privacy Act), 15 U.S.C. par 1681u and par. 1681v (The Fair Credit Reporting Act), 18 U.S.C. par 2709 (The Electronic Communications Privacy Act) and 50 U.S.C. par 436(a).

81 AG's Guidelines on Methods of Obtaining Documentary Materials Held by Third Parties, 28 CFR Part 59.

82 In de periode 2001-2002 is die bevoegdheid 248 keer gebruikt, o.a. in het kader van het anthrax onderzoek. De opsporingsmethode kan ook worden verleend voor het gehele grondgebied van de VS op basis van een *single warrant*.

83 Op 1 april 2003 had DoJ 213 keer verzocht om uitstel. De rechtbanken hebben alle verzoeken toegewezen. Zie <www.house.gov/judiciary>.

84 Op 1 april 2003 had DoJ 15 verzoeken ingediend, waarvan er 14 zijn geaccordeerd. Zie <www.house.gov/judiciary>.

85 Zie regeringsnota voor jurisprudentie over *reasonable cause & reasonable period*. In DoJ Field Guidance on New Authorities (Redacted) Enacted in the 2001 Anti-Terrorism Legislation.

86 Met een stemuitslag van 309 tegen 118, waaronder 113 republikeinse stemmen voor het schrappen van die bevoegdheid. Zie <http://www.washtimes.com/op-ed/20030803-110549-8745r.htm>.

Onder Rule 41(a) van de *Federal Rules of Criminal Procedure* was er een *search warrant* nodig per district. Door Sec. 219 van de Patriot Act kan de rechtbank nu een *single-jurisdiction search warrant* afleveren voor een onderzoek naar binnenlands of buitenlands terrorisme, met dus geldigheid in het gehele territorium van de VS. Deze bevoegdheid is voor het eerst gebruikt voor een doorzoeking van America Media, Inc, in Florida, de werkgever van het eerste anthrax slachtoffer.

In het FISA-straftrecht⁸⁷ kan de AG de toelating geven tot doorzoeking, zonder interventie van de rechtbank, en dit voor een periode van één jaar, als de plaatsen uitsluitend zijn gebruikt door een buitenlandse mogendheid. Als de doorzoeking is gericht tot een agent van een buitenlandse mogendheid dan is er een machtiging nodig van de rechtbank die overtuigd moet worden van de 'probable cause that the US target is an agent of foreign power'. Ook hier mag het onderzoek niet uitsluitend betrekking hebben op 'First Amendmend-protected activities'. De totale duur is 45 dagen. Door de *Patriot Act* wordt die termijn verlengd tot 120 dagen (Sec. 207)

4.3. Het financieel handhavingsrecht

In titel III van de Patriot Act staat de strijd tegen witwassen en de financiering van het terrorisme centraal. Oorspronkelijk was het de bedoeling om een aparte *Financial Anti-Terrorism Act* uit te werken, maar uiteindelijk is die in de *Patriot Act* geïntegreerd.⁸⁸ Om die reden mag die titel ook worden geciteerd als de *International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001*.⁸⁹ Uiteraard is er tussen titel III en het materiële strafrecht inzake terrorisme een duidelijke band.⁹⁰ Uit de nationale witwasstrategie⁹¹ van 2002 blijkt hoezeer de financiering van het terrorisme prioritair is geworden bij de aanpak van witwassen. Ook zijn de taken van de witwascel in de VS, FinCEN,⁹² behoorlijk uitgebreid (Sec. 361). Alle financiële transactiesystemen, van cash transacties, ATM en internet tot informele systemen als hawala of hundi en handel in waardevolle voorwerpen (kunst, diamanten, etc.) zijn voorwerp van nadere regelgeving en handhaving. Het Ministerie van Financiën (*Treasury*) en FinCEN hebben gedetailleerde ministeriële en nadere regelgeving terzake uitgewerkt.⁹³ Het is opvallend dat het financieel handhavingsrecht en de strijd tegen de financiering van het terrorisme is opgezet als een *global enforcement strategy*.

De *Patriot Act* bevat een waslijst aan maatregelen om het toepassingsbereik van de witwaswetgeving in de VS uit te breiden en dus ook om de financiering van het terrorisme aan te pakken.⁹⁴ Vooreerst heeft de VS haar directe rechtsmacht over financiële instellingen verruimd. Civielrechtelijk is het hebben van een bankrekening in de VS een voldoende jurisdictielink met de witwaspraktijk, ook al heeft die in het buitenland plaats gevonden (Sec. 317). Op strafrechtelijk vlak zijn er ook tal van aanpassingen. De strafrechtelijke boetes zijn verhoogd tot tweemaal het transactiebedrag of een maximum van één miljoen dollar. Tevens is de strafrechtelijke jurisdictie verruimd. Als bij het plegen van het misdrijf een financië-

le transactie gedeeltelijk of geheel plaats vindt in de VS of het wederrechtelijk vermogen geheel of gedeeltelijk in de VS wordt ondergebracht of als de financiële instelling of agent in de VS een rekening heeft dan is er jurisdictie (Sec. 317). Bovendien wordt aan alle banken, ook buitenlandse, verboden om transacties te verrichten met wederrechtelijk verkregen vermogen (Sec. 318). Voorts is de rechtsmacht inzake witwassen verruimd omdat witwassen nu wordt beschouwd als een voortdurend misdrijf. Er is daardoor rechtsmacht op alle plaatsen waar er handelingen zijn gesteld in verband met de fondsen. Tot slot kan de rechtbank aan de beschuldigde een repatriëringsbevel opleggen. Bij niet-naleving kan de sanctie worden verhoogd of kan hij worden veroordeeld voor *contempt of court*. Eveneens worden de basisdelicten voor witwassen uitgebreid tot alle geweldsdelicten, corruptie, smokkel en alle delicten die onder de uitleveringsverdragen vallen. Hierdoor worden alle transacties in de VS met dit wederrechtelijk verkregen vermogen illegaal. Het versturen van geld vanuit of naar de VS met het doel een van deze delicten te promoten wordt apart strafbaar gesteld.⁹⁵ Op die basis kan bijvoorbeeld gesmokkeld geld voor een bedrag van \$ 10.000 of meer (*bulk cash smuggling*) worden geconfiscieerd.⁹⁶ Hetzelfde geldt voor de bedragen die omgaan in illegale financiële transfersystemen, zoals ondergronds bankieren of hawala, strafbaar gesteld via Sec. 373. Hier hoeft het OM bovendien niet meer te bewijzen dat de dader wist dat hij een vergunningregel overtrad. Alle financiële agentschappen, met of zonder klantenservice, vallen onder de regel. De handel in wederrechtelijk verkregen vermogen of de handel in

87 FISA 50 USC par 1822.

88 Zie <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d107:h.r.03004>>: voor de historiek van dit wetsvoorstel.

89 Uiteraard is dit ook de uitwerking van internationale initiatieven tegen bestrijding van het terrorisme. Met name in de Financial Action Task Force on Money Laundering (FTAF-GAFI) van de G7 wordt is de relatie witwassen en financiering uitgewerkt in aanbevelingen. Zie <http://www1.oecd.org/fatf/TerFinance_en.htm>.

90 Zie voor de strafbaarstelling van materiële steun en van financiering van het terrorisme punt 4.4.

91 National Money Laundering Strategy 2002, <<http://www.ustreas.gov/press/releases/docs/monlaund.pdf>>.

92 De FinCEN is de zusterorganisatie van de Nederlandse MOT, maar door de uitgebreide rapportageplichten in de VS verwerkt FinCEN jaarlijks 12 miljoen currency transaction reports (CTRs) en 200.000 suspicious transaction reports (SARs). Zie Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN).

93 Zie met name de Global Terrorism Sanctions Regulations van OFAC, 31 CFR Part 594, de Terrorism Sanctions Regulations, OFAC, 31 CFR part 595, Terrorism List Governments Sanctions Regulations, OFAC, 31 CFR part 596 en Foreign Terrorist Organizations Sanctions Regulations, OFAC, 31 CFR part 597.

94 Zie voor meer gedetailleerde literatuur: H. R. Cohen & E. T. Davy, Memorandum, 1337 PLI/Corp 67 en P. L. Lion, A. M. Peters, The USA Patriot Act and anti-money laundering laws, 1339 PLI/Corp 129.

95 U.S.C 1956(a)(2)(a).

96 In *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321 (1998) vond de *Supreme Court* dat 100 percent confiscatie van niet gemeld geld een met het 8ste Amendement strijdige disproportionele sanctie was. De Patriot Act heeft het niet melden van een bedrag boven \$ 10.000 nu zelfstandig strafbaar gesteld als smokkel, hetgeen opnieuw de volledige confiscatie toelaat. In feite is het oude wijn in nieuwe zakken.

vermogen dat tot doel heeft een misdrijf te plegen, wordt specifiek strafbaar gesteld. Bewijs van het promoten van het plegen van misdrijven of van heling hoeft niet meer geleverd te worden. In hetzelfde rijtje hoort thuis de strafbaarstelling van het vervalsen van buitenlands geld en waardepapieren. Tevens kunnen de AG en Treasury/FinCEN *subpoenas* tot uitlevering van stukken of *freezing orders* uitvaardigen. Ook hier is het aanhouden van een rekening in de VS een voldoende juridisch link. Het feit dat die stukken of de tegoeden zich niet in de VS bevinden doet niet ter zake, want de bank heeft er beschikingsmacht over. Sinds september 2001 heeft de OFAC in het kader van een zeventigtal lopende onderzoeken een 600 bankrekeningen wereldwijd laten bevriezen met een financieel tegoed van \$ 124 miljoen.⁹⁷

Daarnaast is er een forse uitbreiding van indirecte territorialiteit. Dit betekent dat aan financiële instellingen in de VS forse verplichtingen worden opgelegd met betrekking tot buitenlandse rekeninghouders (inclusief buitenlandse financiële instellingen) en buitenlandse transacties. Dat betreft niet alleen bewaar- en meldingsplichten. Aan financiële instellingen en aan hun agenten in de VS kan gedurende een periode van vier maanden om toepassing van bijzonder financieel toezicht worden verzocht indien een buitenlandse jurisdictie, financiële instelling of transacties in het buitenland van 'primary money laundering concern' zijn (Sec. 311). Het bijzonder toezicht kan betrekking hebben op transacties, informatie over de eigenaar van rekeningen in de VS, informatie over klanten en transacties in interbancaire en tussenrekeningen, etc. en ook het verbod inhouden van het aanhouden of openen van bepaalde interbancaire of tussenrekeningen. Dit bijzonder toezicht, dat door FinCEN nader wordt ingevuld en uitgevoerd, kan maximaal 120 dagen bedragen. FinCEN werkt ook de regeling uit met betrekking tot het toezicht op bankrekeningen in de VS van buitenlandse rekeninghouders (Sec. 312). Buitenlandse banken met tussenrekeningen in de VS worden voortaan ook verplicht⁹⁸ om in de VS een wettelijk vertegenwoordiger aan te stellen, die dan de normadressaat wordt van eventuele *subpoenas*. Bij niet medewerking aan de *subpoena* dienen de rekeningen te worden afgesloten op boete van \$ 10.000 per dag. Met betrekking tot rekeningen van een buitenlands persoon in de VS, dus ook van buitenlandse banken, kan een *restraining order* worden opgelegd en een rekeningmanager worden aangesteld. Via deze constructies en verplichtingen wordt de lastige samenwerking met derde landen omzeild en verkrijgt de VS indirect wereldwijde rechtsmacht bij de bestrijding van witwassen. Op 28 december 2001 heeft het *Treasury* de uitvoeringsregels⁹⁹ gepubliceerd. De invulling door *Treasury* is zeer sterk bepaald door de veiligheidsagenda van de regering Bush. Ook de bepalingen voor inbeslagname en confiscatie worden verruimd. Vaak wordt wederrechtelijk verkregen vermogen geplaatst op een tussenrekening van een buitenlandse bank bij een VS-bank in de VS. Bij inbeslagname kan de VS-bank zich verdedigen onder the *innocent owner defense*. Door de *Patriot Act*¹⁰⁰ kan nu de equivalente som op de tussenrekening worden geconfiscieerd. De enige die de *innocent owner defense* kan inroe-

pen is de eigenaar en niet de bank, tenzij de bank zelf beschuldigd wordt van witwassen. Dit nieuwe instrument werd gebruikt in de zaak James Gibson, een advocaat beschuldigd van witwassen en fraude. Hij vluchtte naar Belize met hebben en houden. In Belize lukte het niet om de fondsen in beslag te nemen. Vervolgens werd het equivalente bedrag in de VS in beslag genomen. De eigendom van een veroordeelde voor internationaal terrorisme kan nu volledig worden geconfiscieerd.¹⁰¹ Tevens is de *Civil Assets Forfeiture Reform Act* van 2000 geamendeerd (Sec 323) met het doel om de executie van buitenlandse confiscatieverzoeken te verbreden tot alle delicten die ook in de VS basisdelict zouden kunnen zijn voor confiscatie en de tegoeden in afwachting van de beslissing van de federale rechtbank te bevriezen (*civil restraining order*). Verweer in de VS is niet mogelijk, enkel in het verzoekende land.

In oktober 2001 heeft het Departement van Financiën een gemengd onderzoeksteam opgezet onder de naam Operation Green Quest.¹⁰² Onder de leiding van de Douane zijn experts ingezet van IRS, Secret Service, FBI, OfAC, FinCEN en het federale OM. De operatie is uitsluitend gericht op financiering van het terrorisme. Er wordt tevens gebruik gemaakt van de verbindingsofficieren wereldwijd in de ambassades van de VS.

4.4. Terrorisme en materieel strafrecht

De *Patriot Act* amendeert de bestaande materiële terroristenwetgeving. De belangrijkste ontwikkeling is ongetwijfeld het feit dat er via Sec. 802 in de federale wetgeving, naast de definitie van het terroristisch misdrijf,¹⁰³ ook een definitie wordt ingevoerd van *domestic terrorism*, die in de *Patriot Act* zelf ook jurisdictie verschafft voor rechterlijke machtigingen tot doorzoeking met gelding in de hele VS. De definitie is ontzettend breed en qua invulling zeer afhankelijk van de uitvoeringsregelgeving van de regering. *Domestic terrorism* betekent activiteiten die a/ bestaan uit handelingen die een gevaarstelling inhouden voor de fysieke integriteit en een inbreuk vormen op de strafwetten van de VS of andere staten; b/ bedoeld zijn om of 1/ de bevolking te intimideren of te chanteren; of 2/ het regeringsbeleid te intimideren of te chanteren; of 3/ de handelwijze van de regering te beïnvloeden door ontvoering, moord of massavernietiging en c/ voornamelijk worden gepleegd binnen de territoriale jurisdictie van de VS. Tegelijkertijd worden in Sec

97 Voor een recente update, zie <<http://www.treas.gov/offices/eotffc/ofac/sdn/index.html>>. Zie ook <<http://www.law.stetson.edu/judicialReviewCommission/final-report.htm>>.

98 31 U.S.C. par 5381(k)(3).

99 Counter Money Laundering Requirements – Correspondent Accounts for Foreign Shell Banks, Recordkeeping and Termination of Correspondent Accounts for Foreign Banks, 66 Fed. Reg. 67,459 (2001), gecofificeerd in 31 C.F.R. pt. 104.

100 18 U.S.C. par 981 (k).

101 28 U.S.C. par 2461.

102 <http://www.cbp.gov/xp/cgov/newsroom/press_releases/archives/2002/22002/02262002.xml>.

103 18 USC §2332b(g)(5)(B).

808 de gronddelicten voor het terroristisch misdrijf fors uitgebreid.

Daarnaast zijn de strafbaarstellingen en de confiscatiemogelijkheden uitgebreid. In Sec. 801 worden een aantal handelingen tegen of met middelen van massatransport specifiek strafbaar gesteld met de mogelijkheid van levenslange opsluiting bij dodelijke slachtoffers.¹⁰⁴ Hieronder vallen bijvoorbeeld brandstichting, het plaatsen van biologische of chemische producten, het dermate verstoren van het vervoer dat de veiligheid van de passagiers in gevaar komt. Ook wordt het verlenen van onderdak of het verbergen van terroristen apart strafbaar gesteld via Sec. 803. De specifieke strafbaarstelling van het verlenen van steun aan terrorisme wordt verder uitgebreid.¹⁰⁵

Door de brede definitie van terrorisme en van steun is alle vorm van steun, ook financiële en immateriële, strafbaar en wordt er van deze strafbaarstelling in de praktijk ook veel gebruik gemaakt. Onder materiële steun vallen alle vormen van advies en assistentie, uiteraard ook financiële dienstverlening en digitale ondersteuning. Er is geen bijzonder opzet nodig, het is voldoende dat betrokkene moest weten dat de steun gebruikt zou worden voor het plegen van strafbare terroristische feiten. Het is voorts niet van belang of die feiten daadwerkelijk zijn gepleegd. Ook het verstrekken van fondsen of het innen van fondsen met de intentie om gebruikt te worden of in de wetenschap dat de fondsen gebruikt zullen worden om terrorisme te plegen, of daden te stellen die tot doel hebben de dood van een burger te veroorzaken of hem serieus te verwonden of een samenleving te intimideren of een regering te dwingen tot het stellen of zich onthouden van bepaalde handelingen is strafbaar.¹⁰⁶ Materiële steun aan buitenlandse terroristische organisaties is apart strafbaar gesteld.¹⁰⁷ Zo werden op 1 november 2002 vier personen, waaronder één VS-burger en één VS-ingezetene, beschuldigd van samenzwering tot distributie van cocaïne en samenzwering tot het verlenen van materiële steun aan de buitenlandse terroristische organisatie AUC¹⁰⁸ bij een drugs-voor-wapens akkoord. Er zouden voor \$ 25 miljoen aan Russische en Oost-Europese wapens geleverd worden voor een gelijke waarde aan cocaïne. De twee VS-gerelateerde personen regelden een deal tussen twee hooggeplaatste leden van AUC en een handelaar, die evenwel een undercover agent bleek te zijn. Voor de meeste terrorismedelicten wordt trouwens via Sec 811 de strafmaat voor samenzwering gelijkgesteld aan de gerealiseerde daad. Voorts is onder Sec 814 de bestraffing van cyberterrorisme verstrengd. Bij serieuze schade door het verspreiden van een virus kan nu tot tien jaar gevangenisstraf, en bij recidive tot twintig jaar, worden opgelegd. Dit geldt ook voor schade aan automatische netwerken in het buitenland, als die effect kunnen hebben op het handels- of communicatieverkeer met of in de VS. Via Sec. 817 is het nu mogelijk om het loutere bezit van toxische of biologische producten te vervolgen. Er hoeft niet meer bewezen te worden dat die producten bedoeld waren om als wapen te gebruiken. Vanaf een zekere hoeveelheid is het bewijs dat de producten bestemd waren voor bona fide onderzoek of medisch gebruik ontoelaatbaar. Tot slot is terrorisme via Sec. 813 erkend als

één van de basisdelicten voor de strenge RICO-wetgeving op georganiseerde misdaad, met o.a. vergaande strafrechtelijke confiscatiemaatregelen. Ook is via Sec. 806 een civielrechtelijk confiscatieregime ingevoerd voor terrorismemisdrijven, waarbij de confiscatie is losgekoppeld van de oorsprong van de goederen en los van het feit of die goederen zijn gebruikt voor of zijn voortgekomen uit de terroristische misdrijven.

Kortom, in de VS wordt een ruime definitie gehanteerd van terrorisme en materiële steunverlening aan het terrorisme, die in de praktijk ook wordt gebruikt voor het aanpakken van bijvoorbeeld straatbendes.¹⁰⁹ Evenwel het is geen strafbaar feit om lid te zijn van zo'n organisatie, evenmin is apologie van het terrorisme strafbaar gesteld. Anderzijds wordt het concept *guilt by association* gehanteerd bij de steunverlening. Het propageren van doeleinden van een terroristische organisatie is bijvoorbeeld een vorm van steunverlening. Enig bewijs van opzet of schuld is niet noodzakelijk. Volgens critici wordt hiermee de vrijheid van vereniging en meningsuiting, verankerd in het First Amendment, fors gereduceerd.¹¹⁰

4.5. Bescherming van de buitengrenzen en migratiewetgeving: Enemy Aliens

Een vreemdeling in de VS kan de immigratiewetgeving overtreden door het niet naleven van visaverplichtingen of door het niet hebben van een wettelijk visum. De gronden voor niet-ontvankelijkheid met betrekking tot immigratieprocedures zijn zeer ruim gedefinieerd (Sec. 411): 1/ leden van organisaties die door de *Secretary of State* tot buitenlandse terroristische organisaties (FTOs)¹¹¹ zijn verklaard; 2/ leden van politieke, sociale of gelijkaardige groeperingen die publiekelijk handelingen van terroristische activiteiten ondersteunen en daardoor de inspanningen van de VS om het terrorisme te reduceren of te elimineren ondermijnen en 3/ personen, georganiseerd of niet, die zich engageren in handelingen die onder de definitie vallen van terroristische activiteiten,

104 In de zaak tegen Richard Reid, de 'shoebomber' vond de federale rechter dat deze bepalingen niet van toepassing waren op vliegtuigen. Inmiddels heeft het Congres dit gewijzigd via Section 609 van de Protect Act.

105 18 USC par 2239a.

106 18 USC par 2339c.

107 18 USC 2339b.

108 De Colombiaanse paramilitaire beweging Autodefensas de Colombia. De leider van AUC, Carlos Castaño-Gil, in mei 2004 vermoord, was reeds in september 2001 in de VS beschuldigd van drugshandel, maar niet uitgeleverd. De AUC is door het *State Department* geoormerkt als een terroristische organisatie, maar dit is merkwaardig genoeg voor de regering-Bush geen reden om het AUC niet te betrekken bij het militaire programma tot uitroeiing van de cocaïneproductie en de reductie van de communistische guerrilla.

109 In mei 2004 is in New York een straatbende aangeklaagd op grond van de anti-terroriswetgeving, omdat de bende de intentie had om de burgerbevolking te intimideren en te onderdrukken.

110 D. Cole, *The New Mccarthyism: repeating history in the war on terrorism*, 38 Harv. C.R.-C.I. Rev. 1.

111 De bepalingen over FTOs zijn opgenomen in de federale immigratiewetgeving, 8 USC par 1189.

inclusief fondsverwerving of aanzetten tot lidmaatschap of het geven van materiële ondersteuning. Wie zich associeert met een terroristische organisatie en poogt, tijdens zijn verblijf in de VS 'to engage solely, principally, or incidentally in activities that could endanger the welfare, safety, or security of the US is inadmissible'. Wie voldoet aan deze zeer ruime criteria, die door de *Secretary of State* worden ingevuld, komt op de *Terrorist Exclusion List* (TEL) terecht.¹¹² In de migratiewetgeving is de terrorismedefinitie dus nog ruimer dan in het materiële strafrecht¹¹³ en is er uitvoerig gebruik gemaakt van *guilt by association*. In feite is hier sprake van blacklisting als erkend migratiebeleid.¹¹⁴

De *Patriot Act* heeft de 24 uur-regel voor kennisgeving van de reden van bestuurlijke aanhouding uitgebreid tot 7 dagen (Sec. 412). Binnen de 7 dagen moet betrokkene ofwel in verdenking zijn gesteld of zijn voorgeleid voor een uitzettingsprocedure. De INS heeft de 7 dagen periode omgezet in *within a reasonable time*,¹¹⁵ waarvoor 90 dagen worden gehanteerd. Betrokkenen kunnen worden vastgehouden voor een periode van 6 maanden, maar die kan door de AG worden verlengd. Als de nationale veiligheid het vereist, dan kan die periode diverse keren worden verlengd (Sec 412). Na 11 september 2001 zijn in de massieve aanhoudingsoperatie door de FBI, genoemd PENTTBOM, een kleine achthonderd vreemdelingen in detentie geplaatst op basis van de immigratiewetgeving.¹¹⁶ Traditioneel is het DoJ verantwoordelijk voor de uitzettingsprocedures, die als niet-punitief worden beschouwd. Deze procedures worden afgehandeld door immigratierechters, die onderdeel uitmaken van de *Executive Office for Immigration Review* bij het DoJ. De uitzettingsprocedures zijn juridisch nader ingevuld door de AG. Sinds 1964 is het mogelijk om die procedures achter gesloten deuren te laten verlopen in het belang van partijen, getuigen of in het openbaar belang. Op 21 september 2001 heeft Chief Administrative Justice Creppy,¹¹⁷ op verzoek van de AG, een speciaal memorandum laten uitgaan waardoor de administratieve procedures met betrekking tot 11 september-gevangenen worden verklaard tot *cases of 'special interest secrecy'*. Dit betekent dat alle rechtsplegingsgegevens geheim moeten blijven, inclusief de namen van de betrokkenen, de inschrijving op de rol, de uitspraak, etc. Door de geheimhouding rond de arrestaties en de uitzettingsprocedures werd er met spanning uitgekeken naar een rapport van de inspecteur-generaal van het DoJ.¹¹⁸ Zijn kritiek op de detenties is niet mals: vreemdelingen verdacht van overtreding van immigratiewetgeving (afgelopen visum of valse vermelding op paspoort) zijn zonder onderscheid vastgehouden met vreemdelingen verdacht van banden met de 11 september-feiten; beide categorieën personen zijn te laat ingelicht over de verdenkingen en moesten wachten op een FBI-clearing om te weten of ze zouden worden uitgezet of vrijgelaten. De clearing liet vele maanden op zich wachten. Meestal werd de familie niet of foutief geïnformeerd over de plaats van detentie en werden de procedures tegen hen geheim gehouden.¹¹⁹ De *Patriot Act* heeft in feite de mogelijkheden om strafvorderlijke inverzekeringstelling te vervangen door dis-

cretionaire bestuurlijke detentie fors verruimd. De AG en de INS hebben ongekende macht om die personen vast te houden voor langere duur, zonder tegensprekelijke procedure, en zonder dat deze instanties expliciet moeten aangeven waar de dreiging voor nationale veiligheid precies uit bestaat. Die procedure is zowel toepasselijk op de periode vóór uitzetting, als op de periode na de uitzettingsbeslissing en de uitzetting zelf.

Via de *Patriot Act* zijn ook extra fondsen ter beschikking gesteld voor de *Border Patrol*, voor de *Customs Service* en voor de INS (*Immigration and Naturalization Service*).¹²⁰ Het *Department of State* krijgt toegang tot het *National Crime Information Center's Identification Index* (NCIC-III), in het bijzonder tot de gepleegde feiten en gezochte personen. Het DoJ en het *Department of State* werken aan een biometrische standaard voor bordercontrole, visa's en paspoorten.¹²¹ Bovendien worden educatieve instellingen verplicht om specifieke gegevens door te sturen over de scholing van vreemdelingen.¹²²

5. AG Ashcroft en de invulling van de *Patriot Act*

Door de *Patriot Act* krijgen het DoJ en de AG vergaande bevoegdheden en worden zij ook de centrale speler in het anti-terrorisme veld. Door de brede definitie van de terrorisme heeft de AG *de iure* zijn jurisdictie versterkt ten opzichte van gespecialiseerde *law enforcement agencies* als bijvoorbeeld de *Secret Service of de Coast Guard*. De AG heeft aanvullende regelgevende bevoegdheid en heeft op een aantal cruciale punten daarvan gebruik gemaakt ter invulling van de *Patriot Act*. Naast de specifieke richtlijnen die we hier bespreken zijn er ook richtlijnen over FBI *undercover operations* en over het inzetten van informanten. Deze richtlijnen zijn ook van toepassing op terrorisme, maar zijn niet uitgewerkt naar aanleiding van de *Patriot Act*. De meeste richtlijnen die betrekking hebben op FISA zijn geheim. Voor zover toegankelijk, zijn ze in de tekst verwerkt.

112 <<http://www.state.gov/s/ct/rls/fs/2002/15222.htm>>.

113 Zie supra in deze tekst, punt 4.4.

114 Zie J. W. Whitehead & S. H. Aden, *Forfeiting 'Enduring Freedom' for 'Homeland Security'*. A Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department's anti-Terrorism initiatives, *American University Law Review*, 2002, 51 Am. U.L. Rev. 1081.

115 8 C.F.R. par 287.

116 Het totale aantal detenties, dus inclusief de aanhoudingen in het kader van regulier strafrechtelijk onderzoek, wordt geschat op 1200.

117 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aclu/creppy092101memo.pdf>>.

118 Zie rapport <<http://www.usdoj.gov/oig/special/03-06/index.htm>>. Zie ook het recent rapport over naleving van civil rights <<http://www.usdoj.gov/oig/special/03-07/index.htm>>.

119 D. Cole, *Enemy Aliens*, *Stanford Law Review*, 2002, 953-114.

120 Het INS is inmiddels verhuisd van het DoJ naar het DHS.

121 Zo zullen alle visa-kandidaten een persoonlijk gesprek moeten aanvragen op de VS-ambassade. Degene die naar de VS reizen zullen in het bezit moeten zijn van een digitaal leesbaar paspoort. Niet alle paspoorten in de EU voldoen momenteel aan die vereiste. De gerelateerde informatie wordt opgeslagen in de databank US Visit.

5.1. AG richtlijn over *general crimes, racketeering enterprise and terrorism enterprise investigations*¹²³ en onderzoeksbevoegdheden van de FBI.

In mei 2002 heeft de AG een nieuwe richtlijn uitgevaardigd met het doel de onderzoeksbevoegdheden van de FBI in detail te reguleren. Deze richtlijn is een aanvulling op de specifieke richtlijnen over informant en *undercover* operaties.¹²⁴ De FBI is dé federale opsporingsinstansie, voor zover opsporingsbevoegdheden niet specifiek zijn toegekend aan andere federale *law enforcement agencies*, zoals bijvoorbeeld de *Secret Service* of de DEA. Uitdrukkelijk wordt gesteld dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de specifiek FISA-richtlijnen¹²⁵ over informatiegaring en opsporing met betrekking tot internationaal terrorisme of buitenlandse activiteiten op het terrein van inlichtingen en contra-spionage. In de AG richtlijn wordt een onderscheid gemaakt tussen het voorbereidend opsporingsonderzoek en het opsporingsonderzoek. Het voorbereidend opsporingsonderzoek kan diverse handelingen inhouden: een snelle verificatie van een aantal gegevens of een voorbereidend onderzoek van maximaal 180 dagen. De FBI dient dit voorbereidend onderzoek te openen indien 'the possibility of criminal activity and responsible handling requires some further scrutiny'. In het kader van het voorbereidend onderzoek kan de FBI behoorlijk wat onderzoeksbevoegdheden inzetten, waaronder *undercover* operaties. Evenwel, het openen van brieven en het aftappen van elektronisch verkeer zijn uitgesloten. Het eigenlijke opsporingsonderzoek (*full investigation*) dient te worden geopend indien de feiten of de omstandigheden er redelijkerwijs op duiden (*reasonable indication*) dat een federaal misdrijf is gepleegd, wordt gepleegd of gepleegd gaat worden. Het criterium van *reasonable indication* is een drempel die lager ligt dan *probable cause*. Die indicatie kan voorhanden zijn op basis van voorliggend bewijs, maar ook op basis van handelingen, zoals de activiteiten van de groep of verklaringen van de leden. Voorbereidingshandelingen kunnen sowieso strafbaar zijn onder pogingsbepalingen, uitlokking, handelingen ter voorbereiding van het plegen van terroristische misdrijven (bijvoorbeeld financiering van het terrorisme) of samenzwering (*conspiracy*).

Bij de *full investigation* dient opnieuw een onderscheid te worden gemaakt tussen regulier opsporingsonderzoek (*general crime investigations*) en crimineel inlichtingen onderzoek (*criminal intelligence investigations*). Indien er bijvoorbeeld concrete indicaties zijn dat bepaalde personen op het punt staan een appartement te huren of financiering te verstrekken voor het plegen van terroristische misdrijven, dan wordt een regulier opsporingsonderzoek geopend. Een crimineel inlichtingenonderzoek wordt geopend met het doel om algemene informatie te vergaren over criminele groepen, netwerken of ondernemingen. De focus ligt niet op concrete personen of handelingen. Het hoofddoel is informatiegaring over de doelstellingen, financiën, lidmaatschap en activiteiten van de groep. Die groep kan een *racketeering enterprise* zijn in de zin van de RICO wetgeving over georganiseerde misdaad of een terroristische organisatie. Bij beide onderzoeken zijn alle dwangmiddelen, voor zover aan de specifieke wettelijke voorwaarden voldaan, toelaatbaar. Het inlichtingenonder-

zoek is beperkt tot één jaar, maar kan worden verlengd door de top van de FBI 'when facts or circumstances reasonably indicate that a group or enterprise has engaged or aims to engage in activities involving force or violence or other criminal conduct',¹²⁶ hetgeen door de FBI zeer ruim wordt geïnterpreteerd, waardoor onderzoeken soms jaren blijven lopen. Naast de bekende opsporingstechnieken (doorzoeking, inbeslagname, tappen, infiltratie, informanten...) kunnen ook geheime opsporingstechnieken worden ingezet.¹²⁷

De FBI is primair bevoegd in het kader van contra-terrorisme en buitenlandse inlichtingengaring (Sec. 506).¹²⁸ De FBI kan op die basis *online searches* verrichten op massale schaal en informatie in publieke plaatsen garen en opslaan. Daarvoor heeft de FBI in juni 2002 vliegende eenheden opgezet, waarvan de helft actief is in het buitenland. Deze eenheden hebben alle onderzoeksbevoegdheden tot hun beschikking, inclusief de geheime onderzoeksbevoegdheden onder FISA. De AG heeft hierover diverse richtlijnen uitgewerkt en gebundeld in *AG Guidelines for FBI foreign intelligence collection and foreign counterintelligence investigations*,¹²⁹ die deels geheim zijn.¹³⁰ Hetgeen niet in de richtlijnen wordt vermeld, aangezien die tot de FBI zijn gericht, is dat het ook mogelijk om opsporingstaken aan militairen toe te bedelen. Weliswaar verbiedt de *Posse Comitatus Act*¹³¹ militairen om deel te nemen aan *domestic law enforcement*, maar in de jaren tachtig is een uitzondering ingevoerd voor drugsbestrijding en in de jaren negentig voor de strijd tegen het gebruik van chemische of biologische massavernietigingswapens. Die is nu aangevuld met de strijd tegen het terrorisme. Daardoor kunnen militairen personen aanhouden en ook doorzoeken verrichten als er een bedreiging is voor het leven van personen en als de civiele justitie de taak niet kan volbrengen.

122 De informatie wordt opgeslagen in de databank SEVIS.

123 Het is voldoende dat twee personen betrokken zijn in een onderneming met het doel om terroristische misdrijven te plegen of materiële steun te verlenen of 'furthering political or social goals wholly or in part through activities that involve force or violence and a federal crime'.

124 Bij computers gebruikt voor nationale veiligheid of justitie hoeft niet bewezen te worden dat de schade serieus was. Gewone schade is voldoende.

125 De vergelijking met deze richtlijnen is niet mogelijk, gezien de strikte geheimhouding van de inhoud van deze richtlijnen.

126 Zie U.S. v. U.S. District Court 407 U.S. 297, 322 (1972).

127 *Procedures for the use of classified investigative technologies in criminal cases*. Dit stuk is gezien de geheimhouding niet gepubliceerd.

128 De *Secret Service* blijft aanvullend bevoegd voor specifiek gerelateerde delicten, zoals valsemunterij (Sec 506).

129 Counterintelligence information: 'information gathered, and activities conducted, to protect against espionage, other intelligence activities, sabotage, or assassinations conducted by or on behalf of foreign governments or elements thereof, foreign organizations, or foreign persons, or international terrorist activities' 50 U.S.C. par 401(a)(2).

130 De richtlijnen hebben als grondslag de *Executive Order* 12333 (zie infra punt 6).

131 18 USC § 1385 (2000) & 10 USC §§ 371.

5.2. Detentie en Legal Privilege

In oktober 2001 heeft het DoJ de penitentiaire instellingen verplicht¹³² de communicatie tussen gedetineerden en hun advocaten te monitoren met het doel om handelingen te voorkomen die 'could result in death or serious bodily injury to persons or substantial damage to property that would entail the risk of death or serious bodily injury to persons'. Deze uitzondering op het Sixth Amendement is dus zeker niet beperkt tot gedetineerden die zijn beschuldigd van terrorisme. Voordien was hiervoor een rechterlijke machtiging nodig en moest met *probable cause* worden aangetoond dat de criminele activiteit zich aan het voltrekken was. Nu is het voldoende dat er een serieuze dreiging is en beslist de AG alleen over de inperking van het grondrecht. Dit werd bijvoorbeeld toegepast op Richard Colvin Reid, de 'shoebomber'. De verkregen informatie kan ook strafrechtelijk worden gebruikt tegen de advocaat. Zo is advocate Lynne Stewart beschuldigd van het hebben verzorgd, met hulp van haar arabische tolk, van communicatielijnen tussen een islamitische organisatie en haar klant, Sheik Omar Abdel-Rahman, die een levenslange straf uitzit voor samenzwering bij het opblazen van gebouwen in New York en betrokkenheid bij het beramen van een moordaanslag op de Egyptische President Hosni Mubarak.

6. Presidentieel uitzonderingsrecht

6.1. Terroristische organisaties en financiering van terroristische organisaties

Zoals bekend beschikt de President van de VS, in zijn hoedanigheid van *Commander-in-Chief*, over vergaande regelgevende en operationele bevoegdheden op het terrein van buitenlandse zaken en militaire aangelegenheden. De VS hebben een lange traditie van gebruik van politieke en economische sancties, zoals bijvoorbeeld tegen Cuba. Oorspronkelijk gaat het hier dus over sancties tegen staten, waarbij op basis van de *Export Administration Act* (EAA) en de *International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA)¹³³ exportsancties worden opgelegd aan bedrijven,¹³⁴ die het handelsembargo met die staten schenden. Uitvoeringsregelgeving en -besluiten worden genomen door de *Secretary of State*, het *Department of Commerce* en het *Department of Treasury*,¹³⁵ dat ook het *Office of Foreign Assets Control* (OFAC) beheert.¹³⁶ De President kan dus beslissen tot het opleggen van sancties, zeker in tijden van emergencies. President Clinton¹³⁷ heeft in 1995 de stap gezet om de reikwijdte van de IEEPA¹³⁸ sancties uit te breiden van staten (*state embargo*) naar organisaties. Toen zijn tien Palestijnse en twee joodse organisaties op de zwarte lijst gezet. Vervolgens heeft *Secretary of State* Albright op basis van de *Effective Death Penalty and Public Safety Act* (1996) dertig organisaties aangeduid als *special designated terrorists* (SDTs) of *foreign terrorist organisations* (FTOs). Door de vermelding op de lijst wordt steun aan da daarop geplaatste instanties strafbaar en moeten financiële instellingen in de VS hun tegoeden bevriezen.

Op basis van de leading case¹³⁹ over de reikwijdte van de presidentieële bevoegdheid zou gesteld kunnen worden

dat de presidentieële bevoegdheid met betrekking tot 11 september 2001 is uitgeput, aangezien die volledig is geregeld door de *Patriot Act* van het *Congress*, die bijvoorbeeld niet heeft voorzien in het begrip *enemy combatant* of de instelling van militaire commissies. Die mening wordt door de regering Bush niet onderschreven. Na de afkondiging van de noodtoestand op 14 september 2001 keurt de President op 24 september 2001 *executive order* 13224¹⁴⁰ goed, gebaseerd op de *International Emergency Economic Powers Act*¹⁴¹ en mede ter uitvoering van VN-resoluties, met name resolutie 1333. Terroristische organisaties worden onder deze *executive order* aangeduid als *pecially designated global terrorist* (SDGTs). De *Secretary of Treasury* kan bijvoorbeeld iedere organisatie op die lijst zetten die 'assist(s) in, sponsor (s), or provide(s) support for or is otherwise associated with a designated terrorist organisation'. De hoofdidee van deze *executive order* is het uitwerken van een financiële sanctieregeling met het oog op het droogleggen van de organisaties.¹⁴² De VS kan hierdoor bankrekeningen van buitenlandse banken in de VS bevriezen als het buitenland niet meewerkt aan de bevriezing aldaar (indirecte jurisdictie). Alle tegoeden kunnen worden bevroren van a/ op de lijst ingeschreven SDGTs; b/ buitenlandse personen die terroristische handelingen plegen of een significant gevaar inhouden van terroristische handelingen die de veiligheid van de VS burgers, nationale veiligheid, buitenlands beleid of economische belangen van de VS in gevaar brengen¹⁴³ en c/ personen die bijstand, sponsering, diensten, financiën, materiële steun verlenen aan terroristische handelingen of aan SDGTs, of aan personen die worden ingehuurd of gecontroleerd door de SDGTs of anderszinds hiermee geassocieerd zijn.¹⁴⁴

Tevens is het aan VS burgers verboden om transacties te verrichten met bevroren tegoeden, constructies op te zetten of hieraan medewerking te verlenen om de transacties zodanig in te richten dat het verbod wordt omzeild of

132 28 C.F.R. par 501.3(d), 66 Fed. Reg. 55062, 55066.

133 50 U.S.C. par. 1701-06 (2001).

134 A.Q. Connaughton, Exporting to special destinations and entities terrorist-supporting and embargoed countries, sanctioned countries and entities, 844 PLI/Comm 299.

135 31 C.F.R. part 595 Treasury's Terrorism Sanctions Regulations on SDT; 31 C.F.R. part 597 Terrorist Organizations Sanctions Regulations; 66 fed. Reg. 54404 SDGT's Treasury.

136 A. Connaughton, Practising Law Institute, 2002 (844 PLI/Comm 299).

137 Exec. Order no 12.947, 3 C.F.R. 319 (1995), 50 U.S.C. pqr 1701 (2000).

138 50 U.S.C. par 1701(a) (2000).

139 *Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

140 Executive order 13224 blocking property and prohibiting transactions with persons who commit, threaten to commit, or support terrorism, 3 C.F.R. 786, 790 (210), geamendeerd in 50 U.S.C.A. par 1701 (2002). Zie voor de volledige tekst: <<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html>>.

141 50 U.S.C. par. 1701—06 (2001).

142 B. Zagaris, The Merging of the Counter-Terrorism and Anti-Money Laundering Regimes, *Law and Policy in International Business*, 2002, 45-108.

143 De Secretary of State geeft nadere invulling aan deze omschrijving.

144 Het Department of Treasury geeft nadere invulling aan deze omschrijving.

samen te zweren tot illegale transacties. Aan alle personen wordt verboden om SDGTs te steunen of ermee geassocieerd te worden door transacties in buitenlands geld, krediettransfers, import of export van geld of waardepapieren. Deze verboden gelden dus ook voor buitenlandse financiële instellingen die weigeren om de bezittingen van SDGTs te bevriezen. Ook worden zekere giften aan liefdadigheidsinstellingen hierdoor verboden, omdat ze banden hebben met SDGTs. De civiele sancties kunnen oplopen tot \$ 11.000 per inbreuk, de strafsancities tot \$ 50.000 per inbreuk en 10 jaar gevangenisstraf voor opzettelijke delicten.

De *executive order* van 2001 is deels overlappend met de *executive orders* van Clinton, die al behoorlijk wat organisaties had aangeduid als SDTs of FTOs. Evenwel, de sanctieregeling krijgt een mondiaal toepassingsbereik en ook het arsenaal aan sancties wordt uitgebreid. Zo kunnen niet alleen tegoeden van financiële instellingen worden geblokkeerd, maar ook tegoeden van personen, en bovendien van alle personen die geassocieerd zijn met SDGTs. Het is dus perfect mogelijk om tegoeden te bevriezen van buitenlandse klanten van bedrijven met vestiging in de VS. Hiervoor is het niet noodzakelijk dat de betrokken organisaties of personen criminele feiten hebben gepleegd. Het volstaat dat ze kunnen worden geassocieerd met die feiten. Het bewijs daarvoor kan geheim worden gehouden en *in camera* en *ex parte* worden behandeld. Een goed voorbeeld hiervan is de zaak Holyland Foundation (HLF).¹⁴⁵ HLF is een in 1989 opgerichte NGO, hoofdzetel in Texas, die banden heeft met Hamas. Door *executive order* 12947 van Clinton (1995) werd Hamas een SDT en door *executive order* 13224 van Bush (2001) werd Hamas een SDGT. Op 4 december 2001 besluit het *Department of Treasury/OFAC* dat HLF handelt voor of in opdracht van Hamas, waardoor HLF de status krijgt van SDT en SDGT. De *Treasury* vaardigt een *blocking notice* uit, waardoor alle fondsen, rekeningen en eigendommen worden bevroren en transacties hiermee worden verboden. Tevens wordt de hele boekhouding in beslag genomen. OFAC heeft het besluit genomen op basis van gedeeltelijk geheime gegevens (verklaringen van buitenlandse politie-informanten en een geheim FBI rapport). Het District Court kent een ruime beoordelingsmarge toe aan het bestuur en vindt geheim bewijs toelaatbaar, indien dat wordt bevestigd door ondersteunend bewijs. Ook in de zaak Global Relief Foundation (GRF) is duidelijk dat de rechterlijke macht zeer beperkte bevoegdheden heeft bij het toetsen van de bestuurshandelingen met betrekking tot buitenlands beleid en veiligheid. In casu was GRF onderworpen aan een FISA-doorzoeking en daaropvolgend aan een OFAC *blocking order*. Op een verzoek tot een injunctiebevel om de opgelegde maatregelen ongedaan te maken kreeg GRF te horen dat 'as a general principle this Court should avoid impairment of decisions made by the Congress or the President in matters involving foreign affairs or national security'¹⁴⁶ en dat er geen schendingen van civiele rechten onder de *Bill of Rights* konden worden vastgesteld. De rechtbank, niet de advocaten, kregen *ex parte* en *in camera* inzage in het bewijsdossier. Van een volle rech-

terlijke toetsing in beroep (*judicial review*) is dus absoluut geen sprake. Het betreft een marginale toets van een besluit van een bestuursorgaan.

De lijst wordt door de VS constant bijgewerkt. Op 11 oktober 2001 zijn er 39 items aan toegevoegd, vooral Al-Qaeda gerelateerd. Op 2 november 2001 werd de lijst aangevuld met nogal wat zakenmensen uit Saudi Arabië en op 22 november 2001 werden er nog eens 22 aan toegevoegd, waaronder Hezbollah, 3 Colombiaanse organisaties, de IRA, en de Jihad. Inmiddels is de lijst een 86 pagina's tellende gids met duizenden organisatie's en personen.¹⁴⁷ In 2004 zijn er veel NGO's aan toegevoegd, waarvan wordt vermoed dat ze geassocieerd zijn met SDGTs.

6.2. Militaire commissies en Enemy Combatants

Op 13 november 2001 ondertekent Bush, zonder overleg met het *Congress*, een *military order*¹⁴⁸ voor de berechting van *enemy aliens*¹⁴⁹ door militaire commissies. In het verleden waren leden van Al-Qaeda, verdacht voor een aandeel in de bomaanslagen in 1998 op de VS-ambassades in Kenya en Tanzania, waarbij 200 mensen om het leven kwamen, met succes vervolgd en veroordeeld door commune strafrechtbanken in de VS. Als bevelhebber van het leger kan de President personen laten berechten voor militaire commissies voor schendingen van oorlogsrecht. Deze bevoegdheid heeft haar grondslag in Articles I en II van de VS-Constitutie.¹⁵⁰ Probleem is dat oorlogen worden verklaard tegen staten en er geen formele oorlogsverklaring is geweest aan Al-Qaeda. Bovendien zijn de leden van Al-Qaeda geen burgers van een staat, op wie de *Enemy Alien Act* toegepast kan worden. De *Supreme Court* heeft evenwel erkend dat de VS in staat van oorlog kan verkeren zonder een formele oorlogsverklaring,¹⁵¹ hetgeen echter niet betekent dat zo maar militaire commissies ingesteld kunnen worden. Tijdens de Burgeroorlog had President Lincoln de militairen toelating gegeven om burgers verdacht van landverraad en rebellie aan te houden en op te sluiten zonder rechterlijke machtiging en hen *habeas corpus* te ontzeggen. Evenwel, in *Ex parte Milligan*¹⁵² oordeelde de *Supreme Court* dat Milligan, leider van een geheime organisatie die tegen de regering rebelleerde, niet berecht kon worden door een militair forum omdat hij een resident was, niet onder wapens was, het civiele forum functioneerde, de staat niet bezet was en President Lincoln geen man-

145 Holyland Foundation for Relief and Development v. Ashcroft, 219 F. Supp. 2d 57.

146 Global Relief Foundation v. Paul.H. O'Neill, Colin L. Powell, John Ashcroft, e.a., 207 supp. 2d 779.

147 Zie <<http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html>>.

148 Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg 57, 833 (Nov. 13, 2001).

149 Zie 50 USCA par 21.

150 Zie voor een grondige juridische analyse van de juridische aspecten onder nationaal en internationaal recht, D.M. Amann, Guantánamo, Columbia Journal of Transnational Law, 2004, 263-348.

151 Prize Cases, 67 U.S. (2 Black) 635, 667-7- (1862).

152 71 U.S. (4 Wall.) 2 9\ (1866).

daat had van het *Congress* om militaire rechtbanken in te richten. Maar in *Ex parte Quirin*¹⁵³ verklaarde de *Supreme Court* Executive Order 2561¹⁵⁴ van President Roosevelt, dat voorzag in militaire berechting van Germaanse saboteurs tijdens WO II als *enemy belligerents*, grondwettelijk. Hierbij dient wel aangetekend dat die *executive order* haar grondslag had in de oorlogsverklaring van het *Congress* en geen afbreuk deed aan de *habeas corpus*-procedure of andere rechtsmiddelen. Cruciaal is zeker de uitspraak van de *Supreme Court* in de zaak *Johnson v. Eisentrager*¹⁵⁵ over de berechting van Duitse soldaten, gevangen genomen in China en berecht door militaire commissies. De *Supreme Court* oordeelde dat het begrip 'any person' in het Fifth Amendment 'does not extend its protection at alien enemies engaged in hostilities against us'.

De regering Bush heeft de concepten uit het volken- en oorlogsrecht¹⁵⁶ toegepast op terroristische organisaties en hun leden. Hun handelingen worden gekwalificeerd als oorlogsdaden begaan door buitenlandse aanvallers, en niet in eerste instantie als criminele feiten, met het gevolg dat de principes van het straf(proces)recht niet perse van toepassing zijn. De personen zijn geen verdachten maar *enemy combatants*, die tot dusver geen civiele rechten hebben onder de Amerikaanse jurisdictie.¹⁵⁷ Naar schatting 600 tot 800 vermoede Taliban en Al-Qaeda leden, van veertig verschillende nationaliteiten, worden sinds januari 2002 in de kampen Delta en Z-Rayin in Guantanamo vastgehouden zonder enige vorm van aanklacht of proces. Inmiddels is er een aantal bij mondjesmaat vrijgelaten of overgedragen aan geallieerde landen en zouden er nog een goede 600 in gevangenschap zitten. Het is niet uit te sluiten dat vrijgekomen plaatsen opnieuw zijn aangevuld met nieuwe gevangenen uit Irak, Afghanistan, Pakistan, etc. Verder zijn er nog een onbekend aantal VS-burgers gedetineerd op het Amerikaanse vaste land in militaire bases.

De term *enemy combatant* komt in de *Patriot Act* helemaal niet voor. De juridische parallel tussen oorlog en internationaal terrorisme wordt in de doctrine fors bekritiseerd.¹⁵⁸ Bovendien beperkt Bush tegelijkertijd de toepassing van het internationaal humanitair recht. De regering Bush heeft lang verdedigd dat de Conventie van Genève niet van toepassing was en dat de status van krijgsgevangene (POW) hier niet van toepassing was. In februari 2002 zijn bepaalde rechten onder deze conventie toegekend aan de Talibanstrijders, maar niet aan de leden van Al-Qaeda. Niemand is erkend als POW, ze zijn en blijven *unlawfull combatants*, die naar believen ondervraagd kunnen worden met geen of beperkte rechten zolang de *war on terrorism* duurt.

Door de *military order* wordt een aantal basisprincipes van de grondwettelijke burgerrechten en van de commune strafprocesregels aan de kant geschoven. Zowel de rechterlijke organisatie als de rechtspleging van de militaire commissies zijn uitzonderingsrecht. Niet alleen is het OM en de rechterlijke macht samengesteld uit militairen, maar ook de advocaten zijn militair of burgeradvocaten¹⁵⁹ die door de regering worden gescreend en zich ak-

koord verklaren met de procedureregels. De volledige procedure én de samenstelling van de commissies, inclusief die van de advocaat, kan geheim blijven. De *habeas corpus* geldt niet, de *Miranda*-rechten gelden niet, de rechten van de verdediging worden beperkt, er gelden speciale bewijsregels en er is geen jury. Er is voorzien in een beroepsprocedure, maar niet bij een federaal beroepshof van de reguliere strafrechtsjustitie. Het beroep komt voor een militair panel en de eindbeslissing inzake schuld en straftoemeting ligt in handen van de President. Het gaat dus over een rechtsgang in handen van de uitvoerende macht, die per definitie niet voldoet aan de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ter verdediging van berechting door militaire commissies voert de regering Bush als hoofdargumenten aan dat de militaire commissies garant staan voor een snelle rechtsgang waardoor geheime opsporingsinformatie en inlichtingenmethodes en –operaties niet in gevaar worden gebracht en dus de openbare veiligheid wordt verzekerd. Tevens stelt de regering dat de militaire commissies de rechters en getuigen beter beschermen tegen potentieel terroristisch gevaar.

Ook uit de eerste uitwerking van de nadere proces- en bewijsregels door Defensie en DoJ blijkt dat veel fundamentele rechten uit de strafprocedure en de Bill of Rights bij voorbaat niet erkend worden.¹⁶⁰ De rechtszitting is niet openbaar (*in camera*), de advocaten hebben geen toe-

153 317 U.S. 1, 23-24 (1942).

154 7 Fed. Reg. 5101 (July 2, 1942).

155 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

156 Zie International Commission of Jurists, Military Jurisdiction and International Law, <http://www.icj.org/news.php?id_article=3254&lang=en>.

157 See *Coalition of Clergy v. Bush*, 189 F. Supp. 2d 1036, 1048 (C.D. Cal. 2002), *aff'd* in part and vacated in part, No. 02-55367, 2002 WL 31545359, at *10 (9th Cir. Nov. 18, 2002) (vacating the district court's broad holding that detainees do not have rights to habeas corpus review under any circumstances, but upholding the finding that the petitioners in this case lacked standing); *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 72-73 (D.D.C. 2002).

158 Zie R.K. Goldman, Law and the War on Terrorism. The Military Tribunal Order. 25 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 653, G. Roma, Interesting Times for International Humanitarian Law: challenges from the 'War on Terror', 27-Fall, Fletcher F. World Aff. 55, L. M.Ivey, Comment: Ready, aim, fire? The President's executive order authorizing detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism is a powerful weapon, but should it be upheld?, 33 Cumb. L. rev. 107. Voor het standpunt van de ABA, zie Task Force on Terrorism and the Law, Report and recommendation on Military Commission (<<http://www.abanet.org/leadership/military.pdf>>) en Task Force on Treatment of Enemy Combatants (<<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aba/abatskforce103rpt.pdf>>). Zie ook American Law Division, <<http://www.fas.org/irp/crs/RL31724.pdf>>.

159 De National Association of Criminal Defense Lawyers met 11000 leden heeft haar leden geadviseerd niet op te treden als advocaat en zich daarmee dus gekeerd tegen de beperking van de rechten van de verdediging.

160 Department of Defense Military Commission Order no 1, Procedures for Trials by Military Commissions of certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism, 21 maart 2002 en Military Instruction nr 8, Administrative Procedures (30 april, 2003), zie <www.defenselink.mil>. De laatste bevat het materiële recht. Voor een kritische analyse, zie <http://hrw.org/backgrounders/usa/military-commissions.htm#P18_1065>.

gang tot de getuigen van de tegenpartij, hun *legal privilege* wordt niet erkend en voor communicatie met de pers hebben ze toelating nodig van het Ministerie van Defensie. Ook wordt de communicatie tussen de advocaat en de getuigen opgenomen. Inzake bewijs zou alle bewijs dat *'would have probative values to a reasonable person'* rechtmatig zijn. Bewijs-van-horen-zeggen zou toelaatbaar zijn. De aanklagers zouden ook niet verplicht worden om de *chain of custody of the evidence* aan te tonen, waardoor de oorsprong en de wijze van bewijsgaring niet meer wordt getoetst. Tevens is geheim FISA-bewijs en geheim inlichtingenbewijs toelaatbaar (*in camera, ex parte*). Gevreesd wordt dat hierdoor bewijs verkregen door foltering in het buitenland gebruikt gaat worden in de rechtspleging van de militaire commissies.¹⁶¹ Een schuldigverklaring (*verdict*) kan door de militaire commissies worden uitgesproken met een meerderheid van twee derde van de stemmen: een unanieme jury is niet vereist. Indien de commissie tot het oordeel komt dat betrokkene niet schuldig is kan de voorzitter van de commissie desondanks toch besluiten tot schuld. Voor het uitspreken van de doodstraf is unanimititeit vereist.

In de zomer van 2003 heeft de regering Bush een zestal gevangenen in Guantánamo rijp verklaard voor proces, waaronder de Britten Moazzam Begg en Feroz Abassi en de Australiër David Hicks.¹⁶² De rechtszaal is klaar, de openbare aanklagers zijn aangesteld, maar de proceduren bewijsregels zijn er nog niet. Inmiddels zijn in twee zaken advocaten aangesteld, maar nog steeds zijn er geen formele tenlasteleggingen. In ad hoc onderhandelingen met het Verenigd Koninkrijk en Australië – beide geallieerde landen – is overeengekomen dat voor deze betrokkenen geen doodstraf zal worden gevorderd, dat ze advocaten van hun land van herkomst zullen krijgen en dat het *legal privilege* zal worden gerespecteerd. De behandeling van Capt. Jams Yee, de moslim chaplain in Guantánamo, beschuldigd van het smokkelen van vertrouwelijke informatie, geeft te denken. Na zijn arrestatie in september 2003 heeft hij maanden doorgebracht in harde militaire opsluiting en Defensie had laten doorschemeren dat hij voor de feiten¹⁶³ de doodstraf kon krijgen. In maart 2004 heeft men evenwel besloten, toen bleek dat de bewijzen erg zwak waren, om de zaak tegen hem te seponeren. Officieel heet het dat men in het belang van de nationale veiligheid informatie wil beschermen. De New York Times betitelde de rechtsgang in haar editoriaal zonder omwinden als *Military Injustice*.¹⁶⁴ Inmiddels hebben ook de militaire advocaten scherpe kritiek geleverd op het gebrek aan eerlijke procesgang bij de militaire commissies¹⁶⁵, hetgeen inmiddels heeft geleid tot het wraken van een aantal militaire rechters in de commissies.

7. Rechterlijke toetsing van de Patriot Act en de uitzonderingswetgeving van de regering

De forse beperking van de burgerrechten is door belanghebbenden, betrokken derden, NGO's en lokale besturen juridisch aangevochten. Dit heeft geleid tot een stroom aan rechtszaken op lokaal en federaal niveau.

7.1. Burgerrechten, enemy aliens en openbaarheid van bestuur

Veel burgers en organisaties zijn naar de rechter gestapt om openbaarheid van bestuur te eisen in relatie tot de post 9/11 aanhoudingen en uitzettingsprocedures. Zowel media-groepen als NGO's hebben de *Freedom of Information Act* (FOIA) ingeroepen om toegang te krijgen tot de namen van de aangehouden, de plaats en duur van aanhouding en informatie over de rechtspleging. Vrij veel van die zaken zijn tot voor de Federale Hoven van Beroep uitgevochten, met tegenstrijdig resultaat. Zo was de North Jersey Media Group in haar rechtszaak tegen AG Ashcroft en Rechter Creppy nog succesvol in het District Court en kregen ze toelating tot het bijwonen van uitzettingszaken gerelateerd aan 9/11.¹⁶⁶ Evenwel in het US Third Circuit Court of Appeals werd die beslissing volledig teruggedraaid door voorrang te geven aan *significant national security concerns*¹⁶⁷. Een aantal hoven hebben resoluut veiligheid laten prevaleren boven FOIA en het grondwettelijke First Amendment recht van toegang tot informatie. Andere hebben de regering opgelegd om alleen de namen bekend te maken¹⁶⁸ of transcripts ter beschikking te stellen aan de pers van gesloten zittingen.¹⁶⁹ Zo oordeelde rechter Gladys Kessler van de federal court¹⁷⁰ in augustus 2002, op verzoek van een aantal NGO's in een zaak tegen DoJ en INS, dat de regering minstens de namen van 150 gevangenen bekend moest maken. Zij vond dat onafgezien van de taak van de uitvoerende macht om het volk te beschermen, die bevoegdheid moet worden uitgeoefend binnen het kader van grondwet en rechtsstaat. In beroep werd beslist dat de namen van gedetineerden en hun advocaten niet vrij gegeven hoeven te worden.¹⁷¹ Inmiddels zijn de meeste van de 9/11 gevangenen effectief het land uitgezet. Het Center for Constitutional Rights voert voor het District Court in Brooklyn een class action over illegale deten-

161 In mei 2004 is gebleken dat Amerikaanse militairen en veiligheidsagenten op systematische wijze mishandeling en foltering toepassen bij het ondervragen van gevangenen in Irak. Bij het schrijven van dit artikel is nog niet duidelijk of dit ook geldt voor de gevangenen in Guantánamo.

162 In Australië is een verzoek tot uitlevering van stukken in het kader van openbaarheid van bestuur geweigerd op basis dat dit de buitenlandse relaties zou kunnen beschadigen.

163 Voor de charge sheet, zie <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/army-ee101003chrg.pdf>>.

164 24 maart 2004.

165 N.A. Lewis, *Military Defenders for Detainees Put Tribunals on Trial*, The New York Times, 04.05. 2004.

166 North Jersey Media Group, Inc v. John Ashcroft & Michael Creppy, US District Court, D. New Jersey, no Civ. A 02-967 (JWB), 28 mei 2002.

167 North Jersey Media Group, Inc v. John Ashcroft & Michael Creppy, US Court of Appeals, Third Circuit, no 02-2524, 8 oktober 2002.

168 Center for National Security Studies v. US DoJ, no CIV A. 01-2500(GK), 2 Augustus 2002.

169 Detroit Free Press v. John Ashcroft, US Court of Appeals, Sixth Circuit, 26 Augustus 2002.

170 215 F.Supp.2d 94 (D.D.C. 2002).

171 <<http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200306/02-5254a.pdf>>.

tie.¹⁷² Het gaat over een principezaak, die de NGO graag behandeld zou zien door de *Supreme Court*. Tevens probeert de Reporters Committee for Freedom of the Press de M.K.B. zaak op de agenda van de *Supreme Court* te krijgen.¹⁷³

7.2. Materiële steunverlening aan het terrorisme

Tevens zijn er juridische procedures geweest over de reikwijdte van de terrorismebepalingen zelf, met name de relatie tussen materiële steunverlening en het grondwettelijk recht van het First Amendment. In januari 2004 heeft het US District Court van California in de zaak *Humanitarian Law Project (HLP) v. John Ashcroft et. al. Sec. 805 (a) (2) (B) van de Patriot Act* die 'expert advice or assistance' aan FTOs strafbaar stelt, grondwettelijk getoetst. De Court komt tot de conclusie dat dit begrip zodanig vaag is dat het gevaar dreigt¹⁷⁴ dat HLP geen juridisch advies meer kan geven aan de Koerdische PKK met betrekking tot het naleven van mensenrechten. Dit komt doordat er geen onderscheid wordt gemaakt naar gelang de natuur van het advies of de expertise: "expert advice or assistance" could be construed to include unequivocally pure speech and advocacy protected by the First Amendment or to encompass First Amendment protected activities'. De Court is evenwel niet van mening dat de bepaling *an sich* zo'n gevaar inhoudt dat alle handhaving ervan verboden zou moeten worden. De rechtsmiddelen zijn een voldoende waarborg om het grondrecht te waarborgen. Om die reden is de injunctie beperkt tot de activiteiten van de betrokkenen en wordt er geen *nationwide injunction* afgegeven. Wel kan HLP zijn activiteiten met de PKK voortzetten zonder het gevaar te lopen daarvoor onder Sec. 805 *Patriot Act* vervolgd te worden.

Anderzijds hebben de *Holy Land Foundation* en de *Benevolence International Foundation* hun zaken tegen Ashcroft verloren. De D.C. Circuit Court¹⁷⁵ kwam tot de conclusie dat de bevrozingsbevelen een belangrijk instrument zijn van het buitenlands beleid van de VS.

7.3. Terrorismen en tegensprekelijk bewijs in het commune strafproces

In strafrechtelijke terrorismedossiers hebben het DoJ en de AG vooral gekozen voor de militaire lijn en dus voor opsluiting onder het statuut van *enemy combatants* en berechting door militaire commissies. In enkele gevallen is de reguliere strafjustitie bevoegd, zoals in de zaak van Zacarias Moussaoui,¹⁷⁶ een Frans staatsburger van Marokkaanse afkomst, die in augustus 2001, dus vóór de aanslagen, werd aangehouden op verdenking van schending van het immigratierecht. Hij volgde op dat moment vliegtuiglessen. Na de aanslagen is hij in verband gebracht met Al-Qaeda en de terreurdaden van 9/11. Moussaoui wordt er van beschuldigd de twintigste vliegtuigkapitein te zijn, die door omstandigheden niet tijdig aan boord raakte, en dus mede schuldig te zijn aan de dood van 3000 mensen. Hij heeft onschuldig gepleit en riskeert de doodstraf voor vier van de zes beschuldigingen tegen hem.¹⁷⁷ Volgens Moussaoui kan een aantal getuigen, waaronder Bin Al-Shibh,¹⁷⁸ zijn onschuld bewijzen. Om

die reden wil hij Bin Al-Shibh als getuige laten ondervragen. Probleem is evenwel dat Bin Al-Shibh, aangehouden in Pakistan, ervan wordt verdacht de tussenpersoon te zijn tussen Moussaoui en het 11 september commando en als *enemy combatant* wordt vastgehouden overzee, naar wordt vermoed in Guantánamo. Zijn verklaringen zijn geheim en kunnen dus niet worden onderworpen aan een tegensprekelijke bewijsvoering.

Zowel de District court als de US fourth Circuit Court of Appeals hebben het Sixth Amendment recht van Moussaoui erkend om de getuige Bin Al-Shibh¹⁷⁹ aan een verhoor te onderwerpen, als een van de basisrechten van een eerlijk proces.¹⁸⁰ In deze zaak gaf de rechter Brinkema van het District Court in januari 2003 het bevel om de getuigenis op video vast te leggen en de video beschikbaar te stellen aan de jury of de getuige te verhoren via een teleconferentie. AG Ashcroft heeft voortdurend onderstreept dat dit zou resulteren in 'the unauthorized disclosure of classified information'. De AG weigerde de rechterlijke beslissing uit te voeren., hetgeen formeel werd bevestigd in een geheim affidavit midden juli 2003.¹⁸¹ De rechtbank kon de regering sanctioneren onder de *contempt of court rule*, maar ook door de zaak Moussaoui niet ontvankelijk te verklaren, een gedeelte van het bewijs uit te sluiten of door voor de regering nadelige instructies te geven aan de jury, waardoor de doodstraf niet opgelegd zou kunnen worden. Rechter Brinkema heeft gekozen voor de optie om de doodstraf uit te sluiten en het gedeelte van de tenlastelegging dat betrekking heeft op 11 september 2001 te schrappen omdat haar inziens onder deze voorwaarden geen sprake kan zijn van een fair trial. Het gedeelte van de tenlastelegging met betrekking tot samenzwering tot het plegen van Al-Qaeda acties blijft wel in stand. Pro Bush juristen beweren dat het, in de gegeven omstandigheden, de beste oplossing is om Moussaoui alsnog tot *enemy combatant* te verklaren en hem over te hevelen naar de militaire jurisdictie, waar hij überhaupt geen beroep kan doen op het erkende constitutionele recht tot ondervraging van getuigen: 'Although civil libertarians would likely decry his relocation to Guantánamo, the reality is that taking Moussaoui out of the

172 Zie voor alle relevante documenten, <http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=35KQUuFR0g&Content=96>.

173 M.K.B. v. Warden, nr.03-6747, zie <<http://www.rcfp.org/news/documents/20031103-mkbvwarden.pdf>>.

174 De Court kan onder het First Amendment injuncties opleggen zonder dat er een vervolging heeft plaats gevonden. In casu wordt er voldoende vervolgingsgevaar erkend.

175 <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/hlylndfndvash80802op.pdf>>.

176 Voor alle relevante informatie, zie <<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#moussaoui>>.

177 Zie <<http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm>> voor de tenlastelegging.

178 Bin Al-Shibh verzorgde de financiële transacties. Voorts wil hij ook Abu Zubaydah, een voormalig hoofd van een trainingskamp in Afghanistan, en Ibn-Al-Shaykh al-Libi, een hooggeplaatste paramilitair, beiden aangehouden, laten ondervragen.

179 Het verzoek werd afgewezen voor de twee andere getuigen.

180 Zie *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

181 U.S. will defy court's Order in Terror Case, *New York Times*, 15 juli 2003.

civilian justice system would both better address security concerns and create a firewall so that existing constitutional principles in civilian trial don't start to bend under the weight of the war on terror'.¹⁸² De regering heeft evenwel tegen de beslissing beroep aangetekend bij het als conservatief bekend staande US 4th Circuit Court of Appeals,¹⁸³ dat op 22 april 2004¹⁸⁴ heeft beslist om de bewijsuitsluiting ongedaan te maken en de mogelijkheid van doodstraf niet uit te sluiten. Anderzijds heeft de kamer van drie magistraten ook beslist dat Moussaoui niet het recht ontzegd kan worden om gevangen Al-Qaeda leden als getuigen te ondervragen en dat hij het recht heeft om dat bewijs aan de jury voor te leggen. Rechter Brinkema krijgt de opdracht om een compromis uit te werken, waarbij de getuigen kunnen worden ondervraagd op een manier die de ondervraging door de regering in het kader van de oorlogvoering tegen terrorisme niet schaadt. Door de verdediging is inmiddels beroep aangetekend bij de voltallige kamer van het Court of Appeal.

Wel zijn er inmiddels strafrechtelijke veroordelingen uitgesproken tegen Richard Colvin Reid, bekend als de 'shoebomber' en tegen John Walker Lindh, de Amerikaanse Talibanstrijder. Reid heeft levenslang gekregen voor poging tot het gebruik van een massavernietigingswapen, poging tot moord en belemmering van het vliegpersoneel.¹⁸⁵ Lindh is veroordeeld tot twintig jaar gevangenisstraf voor materiële steun aan een verboden terroristische organisatie op basis van een *guilty plea* en *plea agreement*.¹⁸⁶ De andere beschuldigingen¹⁸⁷ zijn door het *plea agreement* afgevoerd.

7.4. Terrorisme, enemy combatants¹⁸⁸ en militaire commissies.

De meeste verdachten van terrorismemisdrijven zijn door de Amerikaanse regering evenwel onttrokken aan de reguliere strafrechtelijke rechtsgang. Door hen tot *enemy combatants* te verklaren zitten ze, in afwachting van berechting door militaire commissies, in militaire detentie. Zowel niet Amerikaanse als Amerikaanse staatsburgers zijn als *enemy combatant* bestempeld. Het is ondoenlijk om in dit bestek alle zaken in detail te behandelen, maar de zaken Hamdi, Padilla en Rasul geven een representatieve inkijk in het juridisch limbo waarin betrokkenen zijn terechtgekomen. Op 18 juni 2004 heeft de *Supreme Court* in deze zaken principiële uitspraken gedaan over zowel de rechtsbescherming van de *field combatants*, gevangen gehouden in Guantánamo, als van de *enemy combatants* die in de VS zelf zijn aangehouden en gedetineerd.

Yaser Esam Hamdi¹⁸⁹ is in Afghanistan gevangen genomen en na een kort verblijf in Guantánamo overgeplaatst naar een militaire detentie in Virginia, toen bleek dat hij een VS-staatsburger was. Sinds april 2002 wordt hij vastgehouden zonder formele tenlastelegging, zonder recht op een advocaat, zonder recht op een *habeas corpus*-procedure, etc. Vrienden van Hamdi hebben met wisselend succes procedures gevoerd tegen het Ministerie van Defensie. De District Court¹⁹⁰ heeft een advocaat aangesteld en de regering bevolen om de advocaat vrije toegang te

verschaffen tot de gedetineerde en het *legal privilege* te respecteren. In beroep oordeelde het U.S. 4th Court of Appeals dat het *District Court* (Hamdi I) onvoldoende rekening had gehouden met belangen van nationale veiligheid en dat de uitspraak onvoldoende was gemotiveerd. Het *District Court* oordeelde vervolgens dat de grondslag voor de detentie, een verklaring van militair adviseur Mobbs, onvoldoende was om betrokkene zijn grondrechten te ontzeggen. Beiden oordeelden dus wel dat de detentie rechterlijk getoetst kon worden. In beroep, opnieuw bij de 4th Circuit¹⁹¹ (Hamdi II), oordeelde het Hof dat de militaire detentie voor onbepaalde tijd niet alleen wettelijk was, maar ook immuun voor rechterlijke toetsing, omdat Hamdi in een actieve oorlogszone in het buitenland was gevangen genomen. In januari 2004 heeft de *Supreme Court* beslist het *certiorari* verzoek in te willigen en een aantal fundamentele vragen te beantwoorden.¹⁹² De *Supreme Court*¹⁹³ erkent de presidentiële prerogatieven, en daarmee het concept van enemy combatant, op basis van de *Authorization for Use of Military Force Act*. Evenwel, deze voorziet niet in detentie voor onbepaalde duur en is bedoeld voor detentie in oorlogszones en bovendien beperkt tot 'necessary and appropriate force'. Zelfs indien de

182 Mr. Cofey, The case for Military Tribunals, Washington Times, 25 May 2003.

183 Zie <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/usmouss102403gbrf.pdf>> voor het verzoekschrift van de regering, waarin met regelmaat verwijzingen naar concrete feiten of documenten zwart zijn gemaakt, omdat ze volgens de regering betrekking hebben op vertrouwelijke informatie ter bescherming van de nationale veiligheid.

184 Zie Westlaw, 2004 WL 868261 (4th Cir.(Va.).

185 Voor alle relevante documenten zie <<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index2.html#reid>>.

186 Zie <<http://www.usdoj.gov/ag/pleaagreement.htm>>.

187 Zie <http://www.usdoj.gov/05publications/05_2.html> voor de oorspronkelijke tenlastelegging.

188 Zie J. J. Paust, Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained without Trial, 44 Harv. Int. L. J. 503 (2003).

189 Zie voor alle relevante documenten, <<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#hamdi>>. Zie ook <http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/03-6696/03-6696.resp.html>.

190 Hamdi v. Rumsfeld, 243 F. Supp. 2d 527 (E.D. Va. 2002).

191 Hamdi v. Rumsfeld, 316 F.3d 450 (4th Cir. 2003).

192 De volgende vragen liggen voor:

1. Does the Constitution permit Executive officials to detain an American citizen indefinitely in military custody in the United States, hold him essentially incommunicado and deny him access to counsel, with no opportunity to question the factual basis for his detention before any impartial tribunal, on the sole ground that he was seized abroad in a theater of the War on Terrorism and declared by the Executive to be an 'enemy combatant'?
2. Is the indefinite detention of an American citizen seized abroad but held in the US solely on the assertion of Executive officials that he is an 'enemy combatant' permissible under applicable congressional statutes and treaty provisions?
3. In a habeas corpus proceedings challenging the indefinite detention of an American citizen seized abroad, detained in the United States, and declared by Executive officials to be an 'enemy combatant', does the separation of powers doctrine preclude a federal court from following ordinary statutory procedures and conducting an inquiry into the factual basis for the Executive branch's asserted justification of the detention?

193 Westlaw, 2004 WL 1431951 (US).

detentie legaal zou zijn is de tweede vraag welke zijn constitutionele rechten zijn om zijn status als *enemy combatant* aan te vechten. Op basis van de buitengewone constitutionele belangen, lees de prerogatieven van president en regering, heeft de regering gepleit voor respect voor de scheiding van machten en een terughoudende rol van de rechterlijke macht in dezen. De *Supreme Court* spreekt duidelijke en stichtende taal. 'Striking the proper constitutional balance here is of great importance to the Nation during this period of ongoing combat. But it is equally vital that our calculus not give short shrift to the values that this country holds dear or to the privilege that is American citizenship. It is during our most challenging and uncertain moments that our Nation's commitment to due process is most severely tested (...) We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens'. Bijgevolg stelt de *Supreme Court* dat 'due process demands that a citizen held in the US as an enemy combatant be given a meaningful opportunity to contest the factual basis for that detention before a neutral decisionmaker'. Het Hof geeft uitdrukkelijk aan dat dit kan voor een militaire rechtbank en dat omkering van bewijslast mogelijk is, zolang betrokkene de eerlijke kans krijgt om dit te weerleggen, hetgeen tevens het recht op een advocaat veronderstelt. Een ondervraging door veiligheidsagenten die iemand in detentie houden 'hardly constitutes a constitutionally adequate factfinding before a neutral decisionmaker'. Duidelijke taal, maar wel een verdeeld Hof, want er zijn drie *dissenting* opinies, waarbij vooral Justice Thomas hard van leer trekt en betoogt dat de rechterlijke macht de prerogatieven van de uitvoerende macht niet moet toetsen en beoordelen. Nationale veiligheid moet niet worden onderworpen aan 'judicial second-guessing'. Informatievergaring in het kader van de oorlog tegen terrorisme kan detentie noodzakelijk maken en de rechterlijke macht kan dit niet beoordelen en moet dit ook niet willen beoordelen.

De zaak Padilla is eigenlijk nog interessanter, omdat hij is aangehouden op een luchthaven in de VS en niet in een *foreign battle field*. José Padilla,¹⁹⁴ een Amerikaanse staatsburger die zich heeft bekeerd tot de islam en daarom ook de naam Abdullah al Muhajir gebruikt, wordt er van verdacht actief te zijn geweest in Al-Queda en plannen te hebben beraamd om in de VS een radiologische dispersiebom (*dirty bomb*) tot ontploffing te brengen. Het bewijs hiervoor is geheim. Eerst werd Padilla strafrechtelijk verdacht en kreeg hij een advocaat, maar een paar maanden later besliste de President dat hij een *enemy combatant* was en hij werd dus overgeheveld van Justitie naar Defensie. De District Court¹⁹⁵ erkende militaire jurisdictie, maar was ook de opinie toegedaan dat Padilla het recht had om de kwalificatie van *enemy combatant* aan te vechten via een *habeas corpus*-procedure en oordeelde tevens dat hij recht had op een advocaat. De verdachte heeft bovendien het recht om eigen bewijs in te brengen dat in een tegensprekelijke procedure geconfronteerd moet worden met het bewijs van de regering. Defensie heeft geweigerd om hier op in te gaan. In beroep besliste het U.S. 2th Court of Appeals¹⁹⁶ in novem-

ber 2003 dat Padilla niet bestempeld kan worden als *enemy combatant* en dat er na 19 maanden voorarrest een einde moest komen aan zijn illegale detentie of dat er een toetsing ten gronde moest komen van het presidentieel besluit en dat de regering moest aantonen *beyond a reasonable doubt* wat de grondslag is voor zijn detentie. In de uitspraak wordt het verschil met de zaak Hamdi uitdrukkelijk onderstreept. De regering heeft een verzoek tot *certiorari* ingediend bij de *Supreme Court*, die de zaak voor behandeling heeft aanvaard.¹⁹⁷ De *Supreme Court* heeft de voorliggende vraag¹⁹⁸ alsnog niet beantwoord. Het Hof is immers de mening toegedaan dat ten onrechte is ingestoken via de jurisdictie van New York, de plaats van zijn jurisdictie onder het reguliere strafrecht, en niet via de jurisdictie van South Carolina waar hij militair is opgesloten, waar de militaire verantwoordelijken rechtstreekse controle uitoefenen op zijn detentie. Dit heeft tot gevolg dat de zaak is terugverwezen naar de bevoegde jurisdictie. In scherpe *dissenting* opinies wordt hiertegen bezwaar aangetekend, omdat de geheime transfer van Justitie naar Defensie is gebeurd op basis van een *ex parte*-procedure die uitvoering gaf aan het bevel van de President en dit op het moment dat er een *habeas corpus*-procedure liep. Om die reden pleiten Justice Stevens, Souter, Ginsburg en Breyer ervoor om niet om de kern heen te lopen: 'At stake is nothing less than the essence of a free society (...) Unconstrained Executive detention for the purpose of investigating and preventing subversive activity is the hallmark of the Star Chamber. Access to counsel for the purpose of protecting the citizen from official mistakes and mistreatment is the hallmark of due process (...) Executive detention of subversive citizens (...) may not, however, be justified by the naked interest in using unlawful procedures to extract information. Incommunicado detention for months on end is such a procedure. Whether the information so procured is more or

194 Zie voor alle relevante documenten <<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#padilla>> en

<http://www.jenner.com/news/news_item.asp?id=12539624>.

195 <http://www.nysd.uscourts.gov/rulings/02CV04445_031103.pdf>.

196 <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/padilla/padillarums72303padbrf.pdf>>.

197 Volgende vragen liggen voor:

1. Whether the President has authority as Commander in Chief and in light of Congress's Authorization for Use of Military Force, Pub. L. No 107-40, 115 Stat. 224, to seize and detain a US citizen in the US based on a determination by the President that he is an enemy combatant who is closely associated with al Qaeda and has engaged in hostile and war-like acts, or whether 18 U.S.C. 4001 (a) precludes that exercise of Presidential Authority.
2. Whether the district court has jurisdiction over the proper respondent to the amended habeas petition.

198 Volgende vragen zijn gesteld:

1. Whether the President has authority as Commander in Chief and in light of Congress's Authorization for Use of Military Force, Pub. L. No 107-40, 115 Stat. 224, to seize and detain a US citizen in the US based on a determination by the President that he is an enemy combatant who is closely associated with al Qaeda and has engaged in hostile and war-like acts, or whether 18 U.S.C. 4001 (a) precludes that exercise of Presidential Authority.
2. Whether the district court has jurisdiction over the proper respondent to the amended habeas petition.

less reliable than that acquired by more extreme forms of torture is of no consequence'. Hoe dan ook, de bevoegde jurisdictie zal wel rekening moeten houden met de beslissing van het *Supreme Court* in de zaak Hamdi.

Inmiddels heeft het *Supreme Court* ook *certiorari* aanvaard in gevoegde Guantánamo zaken.¹⁹⁹ Terwijl de zaak *Rasul v. Bush* grondrechten betreft van een aantal Guantánamo gevangenen van Britse en Australische nationaliteit, gaat de zaak *Odah v. US* over de grondrechten van een groep Kuwaitis. Ze werden allemaal begin 2002 opgepakt in Afghanistan en Pakistan en zitten dus inmiddels meer dan 24 maanden vast zonder aanklacht, zonder recht op een advocaat en zonder vorm van proces. The District Court²⁰⁰ heeft de zaken gevoegd en beslist dat het oordeel van de Supreme Court in de zaak *Johnson v. Eisentrager*²⁰¹ hier kan worden doorgetrokken. Dit betekent dat wanneer een vreemdeling zich buiten de territoriale soevereiniteit van de VS bevindt, haar of hem geen rechtsmiddelen ter beschikking staan om de Grondwet van de VS toe te passen. De District Court verwierpt het argument dat dit alleen zou gelden voor *enemy aliens*. Geen enkele vreemdeling die buiten de territoriale soevereiniteit van de VS wordt vastgehouden kan bijvoorbeeld beroep doen op een *habeas corpus* procedure. De US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit²⁰² neemt het oordeel van het District Court over en wijst erop dat de *Supreme Court* de criteria heeft herbevestigd in de zaak *U.S. v. Verdugo-Urquidez*.²⁰³ Tegen het feit dat de federale rechtbanken onbevoegd zouden zijn om te oordelen over (militaire) detentie van buitenlanders buiten het grondgebied van de VS is inmiddels het *certiorari* door het *Supreme Court* aanvaard. Het *Supreme Court* heeft evenwel geoordeeld dat de VS, ondanks het feit dat het ten aanzien van de basis niet over volledige soevereiniteit beschikt, daar toch volle en exclusieve jurisdictie uitoefent. Dit betekent dat de federale rechtbanken in de VS wel degelijk bevoegd zijn om te oordelen over de legaliteit van de aanhoudingen en de toepassing van de grondwettelijke rechtswaarborgen. Met deze belangrijke beslissing heeft het *Supreme Court* een einde gemaakt aan het juridisch limbo van Guantánamo en het recht op *habeas corpus* hersteld bij deze vorm van bestuurlijk-militaire opsluiting en *incommunicado* regime. Het valt nu natuurlijk te bezien hoe de rechtbanken in de VS invulling zullen geven aan die rechtsbescherming in het licht van de presidentiële prerogatieven met betrekking tot oorlogsvoering, buitenlands beleid en nationale veiligheid. Tevens is onduidelijk of deze uitspraak ook consequenties heeft voor de rechten van gedetineerden in handen van de VS in militaire centra in Azië, etc. Het *Supreme Court* verlaat immers het criterium van territoriale jurisdictie en vervangt dit door 'habeas acts upon the person holding the prisoner, not the prisoner himself, so that the court acts "within (its) respective jurisdiction" if the custodian can be reached by service of process'. Justice Scalia spreekt in een fulminerende dissenting opinion van een verruiming van de *habeas corpus* procedure tot de vier uithoeken van de wereld. Zijn eindzin spreekt boekdelen en verklaart waarom hij afsluit met 'I dissent' en niet het gebruikelijke 'I respectfully dissent': 'For this Court to

create such a monstrous scheme in time of war, and in frustration of our military commander's reliance upon clearly stated prior law, is judicial adventurism of the worst sort.' Tevens doet hij een oproep aan het Congress om wetgevend in te grijpen.

De regering-Bush denkt aan de arresten van het *Supreme Court* tegemoet te kunnen komen door een jaarlijkse geheime toetsingsprocedure voor een panel van drie militaire officieren, die moeten afwegen of vrijlating een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Beslissingen van het panel moeten niet gemotiveerd worden en zijn niet vatbaar voor beroep²⁰⁴. Het is zeer de vraag of dit systeem beantwoordt aan een 'meaningfull and fair opportunity before a neutral decisionmaker'. De eerste beslissingen van federale rechters fluiten de regering Bush hierop terug.

8. Conclusie

Chief Justice William Rehnquist schreef in 1998²⁰⁵ dat burgerrechten ingeperkt kunnen worden in tijden van nood. Chief Justice Stephen Breyer stelde tijdens een lezing voor de New York City Bar Association dat 'Constitution always matters perhaps particularly so in times of emergency'.²⁰⁶ Deze meningen van twee magistraten van de *Supreme Court* geven de kern van het probleem weer. In welke mate voorziet de Grondwet in de VS in mogelijkheden voor uitzonderingswetgeving tijdens crisissituaties (oorlog, interne opstand, noodtoestand)? Kunnen essentiële onderdelen van de rechtsstaat, zoals rechtsgelijkheid en fair trial, worden onthouden aan bepaalde burgers? Zijn geheim bewijs, geheime rechtspleging, administratieve aanhouding en vergaande discretionaire onderzoeksbevoegdheden van de politie en de veiligheidsdiensten verenigbaar met de Grondwet? Hoe wordt de wetgevende en uitvoerende macht door de rechterlijke macht getoetst bij het invullen van uitzonderingswetgeving?

De parlementaire en presidentiële uitzonderingswetgeving sinds 11 september 2001 is geen unicum in de geschiedenis van de VS. Ze is mede een invulling van de grondwettelijke prerogatieven van de President op het terrein van defensie, veiligheid en buitenlandse zaken. Niettemin is er duidelijk sprake van een paradigmawissel.

199 Zie voor alle relevante documenten <<http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/civil.html#rasul>> en <http://www.jenner.com/news/news_item.asp?id=12520724> <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/rasulbush10802ambrf.pdf>> <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/rasulbush021902pet.html>>.

200 215 f. Supp. 2d 55.

201 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950). Zie commentaar supra onder punt 6.2. 202 321 f.3d 1134.

203 *U.S. v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990). Deze zaak behandelt de ontvoering (officieel aangeduid als abduction) door VS-autoriteiten in Mexico.

204 N.A. Lewis & D. E. Sanger, 'Administration changing review at Guantánamo Bay', *NY Times*, 01-07-2004.

205 William H. Rehnquist, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime* (1998).

206 Stephen G. Breyer 'Liberty, Security, and the Courts' Association of the Bar of the City of New York, New York, New York April 14, 2003.

Het *Congress* heeft geopteerd voor vergaande delegatie aan de uitvoerende macht, met veel *Blankettgesetze* die door de uitvoerende macht naar believen kunnen worden ingevuld en zonder dat er mechanismen zijn ingebouwd voor effectieve politieke verantwoording. De regering Bush heeft bij de invulling de retoriek van oorlogsvoering losgelaten op terrorisme. *Cutting down the trees to get at the devil* is het devies. Voor zover de rechtsstaat en de daarmee verankerde fundamentele rechten en rechtswaarborgen een obstakel vormen, moeten ze (tijdelijk) plaats maken voor concepten van nationale veiligheid. Die uitvoerende macht is daarenboven niet erg opgezet met al te veel transparantie en poogt zoveel mogelijk informatie, inzake wetgeving, bestuur en rechtspraak geheim te maken en te houden. Deze secrecy policy is onder Bush erg doorgeschoten en ondermijnt essentiële concepten van de rechtsstaat, zoals toegankelijke wetgeving, openbaarheid van bestuur en publieke rechtspraak. *Incomunicados* worden onderdeel van het systeem en de advocatuur heeft de grootste moeite om haar functie uit te oefenen. De *rule of law* moet het voortdurend afleggen tegen de *Security State*. *Secrecy turns off the light of Justice* en hiermede ook de basisideeën van de Verlichting en het moderne strafrecht. Naast het geheim strafrecht is er ook duidelijk een strafrecht van twee snelheden. Het strafrecht van de vijand (*enemy combatants*, *enemy aliens*) is gebaseerd op uitgangspunten die terug gaan naar strafrechtstheorieën gebaseerd op gevaarlijkheid in plaats van wederrechtelijkheid, zoals die in de jaren 1920-1930 werden ontwikkeld. Zo had Mezger²⁰⁷ het over *Täterstrafrecht*, *Lebensführungsschuld* en *Lebensentscheidungsschuld*, waarbij het strafrecht categorieën burgers objectieveert op basis van ras, geloof, nationaliteit en waarbij het niet meer uitmaakt of het strafrecht ingrijpt post- of anti-delictum. In dat kader past uiteraard de criminalisering van *enemy aliens* en de *enemy combatants* en het loslaten van de concepten *preventive war* en *pre-emptive strike*²⁰⁸ op het justitiële terrein. Tot slot heeft de regering Bush ook fors ingezet op de militarisering van de strafrechtjustitie, zowel door het toebedelen van opsporingsfuncties aan inlichtingendiensten en militaire eenheden, als ook door de oprichting van de militaire commissie voor de *enemy combatants*. Door het beperkte toepassingsbereik van de Grondwet en de systematische niet-erkenning van internationaal recht en internationale jurisdictie is Guantánamo inmiddels het symbool van een juridisch limbo of een *black legal hole*. De verworvenheden van de Verlichting en de Franse Revolutie, toch zo dierbaar voor de Founding Fathers van de VS en haar Constitutie, lijken zoek geraakt in de huidige constitutionele verhoudingen.

Ook binnen het reguliere strafrechtssysteem zijn de hervormingen substantieel. Uit de *Patriot Act* is gebleken dat de bevoegdheden van de FBI fors zijn uitgebreid. Voor zover er nog rechterlijke toetsing nodig is, is de drempel daarvoor aanzienlijk verlaagd. De rechterlijke machtiging dreigt hierdoor te verworden tot een rubber stempeltje of een digitale fiat. Voor heel veel opsporingsbevoegdheden, zoals het vorderen van opgeslagen informatie bij dienstenverstrekkers, zijn er helemaal geen rechterlijke

machtigingen meer nodig en is de toegang tot de informatie onderworpen aan bijzonder lage drempels. De verstrekingsverplichtingen van de dienstenverleners en de vorderingsbevoegdheden van de FBI zijn zo verstrekkend dat sprake is van complete sleepnettechnieken bij het vergaren van informatie. Vaak mogen betrokkenen niet worden ingelicht over het feit dat informatie van hen en over hen is verstrekt. Tevens heeft de *Patriot Act* ervoor gezorgd dat het FISA-veiligheidsstrafrecht ook door de FBI gebruikt kan worden voor de bestrijding van binnenlands terrorisme. Geheime bijzondere opsporingsmethoden zijn fors uitgebreid en de geheimhouding van het bewijs leidt tot rechtszaken die steeds vaker *in camera* en *ex parte* worden behandeld. Anderzijds zijn de onderzoeksbevoegdheden van de veiligheidsdiensten fors uitgebreid en kan hun informatie als geheim bewijs in het strafprocesrecht worden gebruikt. Het is te vrezen dat de geheime rechtspleging de ontoelaatbare ondervragingstechnieken, gekwalificeerd als *stress and duress techniques* alleen maar stimuleert.

Belangrijke onderdelen van de *Patriot Act* hebben geen beperkte geldigheidsduur, zoals bijvoorbeeld de geheime doorzoeking of de *pen/trap orders* of de *single jurisdiction warrants*. Voor de resterende bepalingen, die aflopen eind 2005, heeft de regering Bush nu al het *Congress* verzocht om verlenging. Tevens heeft het DoJ een *Son of the Patriot Act*²⁰⁹ of *Patriot Act bis*²¹⁰ uitgewerkt, een tweede raamwet. Het is de bedoeling om die tekst ten gepaste tijde aan het *Congress* voor te leggen. De tekst is inmiddels uitgelekt en bevat nog drastischer beperkingen van grondrechten door de verdere uitbreiding van het geheime FISA-veiligheidsstrafrecht, door ruimere bevoegdheden van de AG met betrekking tot *enemy aliens* en ruimere toezichtsbevoegdheden in het kader van de nationale veiligheid.

Inmiddels heeft de *Supreme Court* principiële uitspraken gevelde die ervoor zorgen dat het veiligheidsdenken de rechtsstaat niet tussen haakjes plaatst. Vraag is of de *Supreme Court* duidelijk genoeg is geweest. Is de beslissing over de opsluiting in Guantánamo ook van toepassing op de opsluiting in Afganistan? Waarom heeft de *Supreme Court* geen scherpere eisen gesteld aan de instantie die de habeas corpus en de rechtsbescherming moet toetsen? Waarom is er door de *Supreme Court* weinig tot geen aandacht besteed aan het toepasselijke internationale recht? De federale procedures naar aanleiding van de uitspraken van de *Supreme Court* en de komende presidentiële verkiezingen zullen beslissend zijn voor het

207 Mezger, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 57, 1938, p. 689.

208 Zie The National Security Strategy of the USA, 2002, <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>.

209 C. Lane, U.S. may seek wider anti-terror-powers, in *Washington Post*, 8 februari 2003. Voor de tekst, zie <http://www.eff.org/Censorship/Terrorism_militias/patriot2draft.html>.

210 Opinion, Patriot Act, Part II, *The New York Times*, 22 september 2003.

rechtsstatelijk gehalte van het anti-terrorisme beleid in de VS en dus ook mede bepalend voor het Europese beleid na de aanslagen in Madrid op 11 maart 2004. Het is te hopen dat rechter en wetgever ten volle beseffen dat het

uithollen van de democratische rechtsstaat en haar burgerrechten en vrijheden het zwakste antwoord is op één van de grootste bedreigingen voor die democratische rechtsstaat.

drs. R.L.N. Westra*

Enkele actuele ontwikkelingen rondom fraudebestrijding

In het voorjaar van 2004 verscheen in België het boek 'Frauderen is kinderspel'¹ van Demets. Een 'reisgids voor de fiscale doe-het-zelver' over zwart geld, BTW-carroussels, offshorerekeningen enzovoort. Ofwel, een soort 'handboek fraude' in een tijd dat in Nederland volgens het SCP en de WRR de maatschappelijke tolerantie voor frauduleus en niet-integer gedrag afneemt. Deze afnemende tolerantie vindt plaats in een tijd van grotere zorg over het respect voor normen en waarden. Voor de fiscaliteit zijn deze normen en waarden in het algemeen zeer duidelijk. Met deze bijdrage beogen we enkele actuele ontwikkelingen rond de fiscale fraudebestrijding aan de orde te stellen.

1. Fiscale fraude in de samenleving

Demets 'reisgids' bevat op zichzelf weinig verrassende elementen. Toch is het, zeker in het licht van de huidige discussie in Nederland over fraude en niet-integer gedrag, een opmerkelijke publicatie. De eerste twee zinnen spreken boekdelen: 'We zijn allemaal Belgen, dus hoeven we er geen doekjes om te winden. Elk van ons heeft de belastingdiensten wel eens bij de neus genomen: een vakman in het zwart betaald, wat inkomsten op zijn belastingbrief verzwegen, misschien de successierechten op een erfenisje ontdoken of de intresten van een buitenlandse belegging buiten het zicht van de fiscus gehouden'.² Het citaat valt op doordat het expliciet verwijst naar non-compliant gedrag. Het boek was na verschijning een bestseller. De auteur sluit zijn inleiding treffend af: '(..) u te waarschuwen: probeer de beschreven technieken toch maar niet zelf uit. We zijn namelijk wettelijk verplicht u daarvoor te waarschuwen, want aanzetten tot witwassen is even strafbaar als het witwassen zelf.'

Deze citaten hebben niet de intentie de 'klassieke verhouding met onze zuiderburen te kleuren of anderszins. Daarvoor ontbreken de gegevens.³ Tevens past volgens de Commissie-Docters van Leeuwen⁴ ook bescheidenheid als we Nederland vergelijken met bijvoorbeeld België. De Commissie heeft een onderzoek uitgevoerd naar betere prestaties van de overheid door de innovatieve inpassing van ICT. Zij heeft haar aandacht niet primair gericht op Nederland, maar vooral een vergelijking willen maken tussen Nederland en België, Denemarken, Duitsland en

de VS; men verwachtte juist uit de vergelijking lessen te kunnen trekken. Het onderzoek is afgesloten met een rapportage die officieus de veelzeggende titel mee kreeg 'Belgen doen het beter'. De Commissie stelt vast dat in Nederland innovaties meestal niet dankzij, maar juist ondanks het bestuurlijk klimaat totstandkomen. Zij komt tot de slotsom dat de Nederlandse overheid het nodige kan leren van onder andere België.

In Nederland constateert het SCP⁵ in haar verkenning van normen en waarden een duidelijke verandering in de stellingname over fraude onder de (Nederlandse) bevolking. Zo is de zorg onder de bevolking toegenomen over de achteruitgang van gedrag en zeden van 40% in 1970 naar 70% in 2003. De acceptatie van fraude neemt ook af. Vond in 1991 nog 46% van de bevolking het (absoluut) verkeerd dat 'iemand niet al zijn inkomsten opgeeft om zo minder belasting te betalen', in 2002 ligt dit percentage op 62%. Ter vergelijking kunnen we de gegevens over het misbruik van de sociale zekerheid hanteren: in zowel 1991 als in 2002 was 96% van mening dat 'het geven van onjuiste informatie over zichzelf om een uitkering te krijgen waar hij geen recht op heeft' (absoluut) verkeerd is. De tolerantie ten aanzien van het fiscaal frauderen is aldus groter, maar wordt minder ten opzichte van het misbruik van de sociale zekerheid. Weliswaar neemt deze to-

*. Drs. R.L.N. Westra is werkzaam bij het Generale Thesaurie, Ministerie van Financiën. Hij heeft dit artikel op persoonlijke titel geschreven.

1. Demets, F., *Frauderen is kinderspel, een reisgids door de zwarte economie en de wereld van het witwassen*, Davidsfonds Leuven, 2004.
2. Idem, p. 9.
3. De WRR wijst wel naar de onderzoeken van Williams en Windebank (1998) en Schneider en Enste (2000) voor schattingen van de omvang van de zwarte economie (in % bruto binnenlands product). De percentages zijn voor België resp. 10,9% en 20,8% en voor Nederland resp. 9,6% en 12,7%. Uit: WRR, *Waarden, normen en last van het gedrag*, rapport nr. 68, 2003, p. 116.
4. Commissie Docters van Leeuwen (Initiatiefgroep Belgen doen het beter), *Een kwestie van uitvoering, een vernieuwingsagenda voor de presterende overheid*, Zenc, februari 2003.
5. SCP, *De moraal in de publieke opinie, een verkenning van 'normen en waarden' in bevolkingsenquêtes*, maart 2004, p. 28.