

Rechtbank Rotterdam

Zitting d.d. 22 februari 2010

Parketnummer UTL – I - 2009056376

PLEITAANTEKENINGEN

van mr. B. Stapert

ter zake van het uitleveringsverzoek van de
Verenigde Staten van

M.S.O.

thans verblijvend in PI Vught

I. Inleiding

1. Dit is een bijzondere uitleveringszaak. Niet alleen vanwege de grote persaandacht die de zaak zowel in Nederland als in de Verenigde Staten teweeg heeft gebracht¹, maar zeker ook gezien de feiten waarvoor uitlevering wordt gevraagd. De uitlevering van M.S.O. wordt immers gevraagd voor ondersteuning die hij zou hebben verleend aan terroristische activiteiten, in Somalië en in de Verenigde Staten.
2. De verdediging zal vandaag drie verweren voeren op basis waarvan de uitlevering (in ieder geval vooralsnog) ontoelaatbaar dient te worden verklaard. In de eerste plaats is die uitlevering op dit moment ontoelaatbaar omdat niet alle stukken zijn verstrekt die op basis van artikel 9 Uitleveringsverdrag NI-VS vereist zijn. Daarnaast ontbreekt voor alle feiten zoals in het verzoek gesteld de dubbele strafbaarheid. Tenslotte ontbreekt voor de gestelde feiten zoals die in Somalië zouden zijn gepleegd de dubbele vervolgbaarheid.

¹ Zie bijvoorbeeld: “Verdachte terreur opgepakt in AZC in Dronten”, NRC Handelsblad, 11 november 2009; “Strijd Somalië reikt tot Minneapolis”, NRC Handelsblad 25 november 2009; “Opgepakte Somaliër in VS

3. Hoewel de gestelde feiten vanzelfsprekend hun politieke aspecten kennen, en ik zal daar ook uitgebreid op ingaan bij de dubbele strafbaarheid, zullen wij niet stellen dat het hier gaat om politieke delicten. Gezien de gestelde feiten is dat verweer expliciet uitgesloten onder het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme.²
4. Ook zal ik op dit moment geen beroep doen op het onschuldverweer in de zin van art. 26 UW. M.S.O. ontkent weliswaar dat hij op welke wijze dan ook betrokken is geweest bij de financiering van terrorisme, zeker niet (zelfs maar voorwaardelijk) opzettelijk, maar omdat de feiten zich op verschillende momenten en op diverse locaties zouden hebben afgespeeld is het niet mogelijk voor M.S.O. om ‘onverwijld’ – zonder uitvoerig onderzoek – aan te tonen dat hij onschuldig is.
5. Voordat ik zal ingaan op de specifieke verweren die hier wel worden gevoerd, wil ik eerst kort aandacht besteden aan de context van deze zaak, namelijk de politieke situatie in Somalië en de verbinding daarvan met Minneapolis, de woonplaats van M.S.O. Daarna zal ik analyseren op basis van welke feiten, en vooral ook welke feiten niet, uitlevering wordt gevraagd.

II. Context - de politieke situatie in Somalië en de link met Minneapolis

6. Clans die elkaar met grof geweld bestrijden, Amerikaanse soldaten die dood door de straten worden getrokken, het ontbreken van een centrale regering, een grote stroom vluchtelingen die ook in aanzienlijke mate in Nederland terechtkomen, piraten voor de kust ... Somalië staat al jaren veel in de belangstelling van de internationale en nationale media en louter in negatieve zin. Daarbij wordt ook Al-Shabaab, de organisatie die M.S.O. zou hebben gesteund, veelvuldig en in Westerse media zeer kritisch besproken.³

aangeklaagd”, Telegraaf, 25 november 2009; “Charges Detail Road to Terror for 20 in U.S.”, New York Times, 24 november 2009.

² New York, 9 december 1999, Trb. 2000, 12.

³ Zie bijvoorbeeld Koert Lindijer, “Strijd om onwillige recruten”, NRC Handelsblad, 20 & 21 februari 2010, p. 5; Kees Broere, “Al Shabaab verjagen en dan standhouden”, Volkskrant, 20 januari 2010, p. 5.

7. Het voert te ver om de gehele (complexe) geschiedenis van Somalië hier uit te lichten. Met name de recentere gebeurtenissen zijn echter van direct belang voor de waardering van de feiten in dit uitleveringsverzoek. M.S.O. is Somaliër en er wordt bovendien beweerd dat een deel van de strafbare feiten ook zou zijn voltrokken in Somalië.
8. Ik citeer daarbij in eerste instantie uit het meest recente ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken:

Sinds de val van Siad Barre (1991) is de situatie in Somalië chaotisch en vechten verschillende clans en groeperingen met elkaar. De Verenigde Naties (VN) probeerden tussen 1992 en 1995 de humanitaire crisis te verlichten middels de door de Verenigde Staten geleide *United Nations Operation in Somalia* (UNOSOM). Deze operatie liep op een mislukking uit. Ook vredesbesprekingen in de periode 2000-2004 hebben geen einde kunnen maken aan de crisis. Tijdens de vredesbesprekingen in Kenia werd in 2004 de *Transitional Federal Government* (TFG) gevormd. De TFG is er niet in geslaagd controle uit te oefenen over Somalië. (Ministerie van Buitenlandse Zaken, Algemeen Ambtsbericht Somalië, Oktober 2009, p. 6).

9. In het machtsvacuüm dat daardoor in het land ontstond, kregen de verschillende etnische groepen en clans de ruimte om elkaar te bestrijden. Dat leidde onder meer tot het uitroepen van onafhankelijkheid door Somaliland en het claimen van autonomie door Puntland, terwijl door Somaliland en Puntland nog weer onderling wordt gestreden over de regio Sool en Sanaag. De TFG heeft in wezen slechts grip op de hoofdstad Mogadishu en zelfs die controle is tot op de dag van vandaag slechts moeizaam te handhaven.
10. In het Zuiden van Somalië ontstond ondertussen een beweging die zich de *Union of Islamic Courts* (UIC) noemde. Zij wilde in eerste instantie rust brengen door de seculiere krijgsheren te bestrijden en de orde te herstellen onder de noemer van de islam. Het ambtsbericht beschrijft deze groepering als volgt:

De UIC is een islamitische beweging die in 2006 in populariteit is gegroeid en grote gebieden van Zuid- en Centraal-Somalië wist te veroveren. In de gebieden die zij onder controle kreeg, probeerde de UIC rechtbanken op basis van de *sharia* op te richten. Door de invasie van Ethiopië in 2006 raakte de UIC een groot deel van haar invloed weer kwijt. De UIC is na 2006 gefragmenteerd en deels in andere organisaties opgegaan. (Ministerie van Buitenlandse Zaken, Algemeen Ambtsbericht Somalië, Oktober 2009, p. 12).

11. Die genoemde inval van Ethiopië is in deze van cruciaal belang. Ze vond plaats in december 2006, en was volgens bronnen voornamelijk ingegeven door de zorg over de opmars van de UIC en zijn radicaal-islamitische achtergrond. De UIC zou een bedreiging vormen voor het als overwegend christelijk beschouwde buurland Ethiopië. De inval werd, in ieder geval indirect, gesteund door Amerika.⁴
12. De Ethiopische inval leidde echter ook tot een tegenreactie, omdat veel Somalis de inmenging van buitenaf niet accepteerden en zich er tegen wilden verzetten. Juist omdat Ethiopië christelijk is werd de inval door sommigen ook gezien als een kruistocht tegen de islam. In combinatie met de inval in Irak, die ook door velen in de moslimwereld als zodanig werd gepercipieerd, raakten de gemoederen met name vanuit nationalistisch, maar ook uit religieus oogpunt, verhit.
13. Een van de verzetsgroeperingen die de onvrede wist te kanaliseren was Al-Shabaab. Oorspronkelijk was zij onderdeel van de UIC, een politieke groepering dus.

“It was not always like this. The Shabab were a crucial part of a functioning mini-government in 2006, when an alliance of islamic courts briefly controlled much of south-central Somalia. The Shabab’s controversial religious politics were tempered then by moderate Islamists, who delivered services like neighborhood clean-ups and community policing, and as a result the whole Islamic movement won grass-roots support.”⁵
14. Na de interventie werd Al-Shabaab in toenemende mate een groepering, los van de UIC, gericht tegen de Ethiopische troepen en andere inmenging door buitenlanders. Die groei van Al-Shabaab als gevolg van de buitenlandse inmenging is in vele nieuwsartikelen en achtergrondstukken gedocumenteerd. Zo interviewt correspondent Kees Broere van de Volkskrant de 24-jarige Abdurahman, die zich in 2007 bij Al-Shabaab aanmeldde:

“We vochten tegen de overheersing door buitenlanders, de militairen uit Ethiopië (...) Een dergelijke strijd is geoorloofd.”⁶

⁴ Ko Colijn, “Rol VS in Somalië: tijdslijn”, *Vrij Nederland*, 9 januari 2007; Bronwyn E. Bruton, “U.S. Policy Shift Needed in the Horn of Africa”, *Expert Brief*, Council on Foreign Relations, 6 august 2009.

⁵ Jeffrey Gettleman, “No Winner Seen in Somalia’s Battle With Chaos”, *New York Times*, 2 juni 2009.

⁶ Kees Broere, “Strijders van Al-Shabaab voelen zich thuis in Nairobi”, *Volkskrant*, 16 januari 2010, p. 4.

15. Een van de bronnen waarop ook het ambtsbericht van Buitenlandse Zaken steunt is een rapport van het Institute for Security Studies. Daarin wordt de opmars van Al-Shabaab in reactie op de Ethiopische interventie als volgt omschreven:

“Citing national security concerns, Ethiopia launched a major military offensive into Somalia in December 2006, ousting the courts and effectively changing the local power balance. A new period of civil war followed with a distinctive theatre of war, in which the nationalist rhetoric of defending the country’s territorial integrity and sovereignty, further stimulated by the heavy-handed counterinsurgency tactics of the Ethiopian and the Transitional Federal Government (TFG) forces, created a fertile ground for organized radical responses. Dysfunctional governance, together with a maturation of the general rejection of factional politics, warlordism, successive failings of transitional arrangements and the widespread violations of human rights and the laws of war by the Ethiopians and TFG allowed Shabaab to gather momentum and become a force to reckon with.

The Islamists were thus able to make the case that political Islam was the only real alternative to clan politics and failed Somali nationalism. Shabaab merged Islam with nationalism, and in the months after the fall of the ICU proved to be the most resilient and principal source of armed resistance to the occupation, successfully framing its cause as a just war. Part of Shabaab’s legitimacy also stemmed from the fact that it never placed its leadership outside the country and the battlefield and managed to regroup weeks after the Ethiopian offensive, and begin staging attacks.”⁷

16. De Ethiopische troepen trokken zich in januari 2009 terug. Sindsdien heeft Al-Shabaab ook andere doelen op het oog en is de retoriek in ieder geval duidelijk meer anti-Westers en vooral anti-Amerikaans geworden. Dezelfde Abdurahman, in gesprek met Kees Broere van de Volkskrant, zegt daarover:

“Over ideologie werd in die tijd (toen hij zich bij Al-Shabaab aansloot, *BS*) nauwelijks gesproken. Dat werd anders nadat de Ethiopiërs zich hadden teruggetrokken. Opeens noemden Al-Shabaableden zich de enige ware moslims. Zij voerden de sharia in op plekken waar mensen dit helemaal niet wilden en gedroegen zich steeds wreder tegenover hun eigen mensen, mede-Somaliërs.”⁸

17. Voor dit uitleveringsverzoek staat de periode december 2007-december 2008 echter centraal. In die tijd zou M.S.O. Al-Shabaab hebben gesteund. Van die periode kan echter worden gezegd dat 1) Al-Shabaab in die tijd ook politieke activiteiten ondernam en 2) voor zover er sprake was van gewapende activiteiten deze vrijwel uitsluitend gericht waren tegen de Ethiopische bezetting van het land.

⁷ *Somalia: Understanding Al-Shabaab*. Paula Cristina Roque. Institute for Security Studies. June 3, 2009.

⁸ Kees Broere, “Strijders van al-Shabaab voelen zich thuis in Nairobi”, *Volkskrant*, 16 januari 2010, p. 4.

18. Die constatering wordt overigens ook weerspiegeld in de manier waarop de Somalische gemeenschap in Minneapolis betrokken raakte bij de interne strijd in Somalië. Minneapolis kent een eigen ‘klein Mogadishu’, met in totaal 70.000 mensen van Somalische afkomst. De jongere generaties daarvan, grotendeels geboren en in ieder geval opgegroeid in de Verenigde Staten, waren lange tijd niet betrokken of zelfs maar geïnteresseerd in de chaotische en gewelddadige situatie in het thuisland. De inval van Ethiopië veranderde dit.
19. Opeens ontstonden onder meer in Minneapolis demonstraties tegen de bezetting⁹, reden auto’s rond met bumperstickers “ETHIOPIA OUT OF SOMALIA NOW”¹⁰ en werden er door jonge Somalis t-shirts gemaakt met de Somalische vlag. Ze ervoeren de inval, natuurlijk ook in het licht van bijvoorbeeld de Amerikaanse inval in Irak, primair als een aanval op hun land, maar daarnaast ook op hun religie. Rapportages over verkrachtingen door Ethiopische troepen, vandalisme tegen moskees en omgekomen burgerslachtoffers wakkerden het nationalisme en de gevoelens van solidariteit met het thuisland aan. Al-Shabaab werd gezien als een organisatie van vrijheidsstrijders die zich tegen de Ethiopiërs kon verzetten en kreeg gaandeweg in Minneapolis een grotere aanhang. Vanaf eind 2007 vertrokken dan ook groepen Somalische jongens naar Somalië om zich bij Al-Shabaab aan te sluiten. In oktober 2008 blies een van hen zichzelf op bij een zelfmoordaanslag, de eerste van in totaal vijf jonge mannen uit Minneapolis die op die manier het leven lieten.¹¹

III. Feiten

20. De vraag is dan op welke manier en op welk moment M.S.O. de activiteiten van Al-Shabaab zou hebben ondersteund. Daarbij valt in de eerste plaats op te merken dat er nergens zelfs maar tussen de regels wordt gesuggereerd dat M.S.O. betrokken is geweest bij actieve gevechtshandelingen of de voorbereiding daarvan. Hij heeft zich niet aangemeld voor een trainingskamp, hij heeft geen schietcursus gevolgd, hij heeft niet met explosieven geëxperimenteerd. Zelfs als we de feiten in het

⁹ Abdifatah Shafat, “Somalis Condemn U.S. Ethiopian Involvement in Somalia”, Afrika News, 1 januari 2007; “Thousands of Somalis Protest Deadly US Air Strike”, www.democracynow.org, 5 mei 2008.

¹⁰ “Ethiopian Invasion of Somalia”, www.globalpolicy.org, 14 augustus 2007.

¹¹ Doug McGill, “When Ethiopia Invades Somalia, Minnesota Takes a Hit”, OVI Magazine, 27 september 2009.

uitleveringsverzoek aannemen als bewezen komt daaruit een bijzonder minimale rol naar voren. Het zou dan gaan om een aantal ondersteunende handelingen in de Verenigde Staten en enkele handelingen in Somalië. Ik loop ze chronologisch met u langs.

21. In december 2007 zou M.S.O. in de Verenigde Staten geld geleverd hebben aan een groep van zes personen die vertrokken naar Somalië om te vechten tegen Ethiopische troepen en hij zou hebben toegezegd hen in Somalië financieel te ondersteunen.
22. In januari 2008 zou M.S.O. vanuit de Verenigde Staten naar Somalië zijn gereisd, waar hij verschillende personen die eerder naar Somalië reisden bezocht zou hebben. Hij zou in Somalië zijn verbleven in een Al-Shabaab 'safehouse'. Tevens zou hij geld hebben geleverd voor de aankoop van aanvalsgeweren (AK-47) en geld ter ondersteuning van leden van Al-Shabaab. Hij zou tevens met leden van Al-Shabaab hebben gesproken over training en gevechten voor Al-Shabaab.
23. Bijzonder relevant is tussendoor de datum van 18 maart 2008. Op dat moment, dus nádat M.S.O. in Somalië is geweest, wijst de Amerikaanse Minister van Buitenlandse Zaken Al-Shabaab aan als terroristische organisatie.
24. In augustus 2008 zou M.S.O. in de Verenigde Staten met twee personen naar het vliegveld zijn gereisd terwijl hij contact onderhield met andere mensen. De personen die hij naar het vliegveld reed zouden gaan vechten tegen de Ethiopische troepen.
25. Op 29 oktober 2008 zou een van de twee reizigers deel hebben genomen aan een zelfmoordaanslag in Somalië terwijl hij verbleef in hetzelfde 'safehouse' als waar M.S.O. zou zijn verbleven.
26. In november 2008 zou M.S.O. in de Verenigde Staten gesproken hebben met een van de personen die hij in Somalië had bezocht en financieel had ondersteund. Deze persoon zou aanwezig zijn geweest in een Al-Shabaab trainingskamp. M.S.O. zou met deze persoon gesproken hebben over hun wens naar Somalië terug te keren, het feit dat Al-Shabaab een stad had bezet en de recente zelfmoordaanslagen.

27. In november 2008 zou M.S.O. in de Verenigde Staten een bijeenkomst gehouden hebben met personen die naar Somalië zouden vertrekken.
28. In november 2008 zou M.S.O. de Verenigde Staten verlaten hebben en keerde daar niet terug. M.S.O. zou op 24 december 2008 terugkeren naar de Verenigde Staten. In het vliegtuig dat hij daartoe zou nemen, bleek hij bij aankomst in de Verenigde Staten niet aanwezig. Een getuige zou verklaard hebben dat M.S.O.'s reis (van Minneapolis naar Amsterdam, naar Jordanië en terug via Saoedi Arabië, de Verenigde Arabische Emiraten en Amsterdam naar Minneapolis) bedoeld was voor een pelgrimstocht, door Islamieten Hadj genoemd.
29. Samengevat zou M.S.O. dus in de Verenigde Staten in een periode van bijna een jaar eenmaal geld hebben geleverd (december 2007), eenmaal mensen naar het vliegveld hebben gebracht (augustus 2008), eenmaal met mensen hebben gesproken die naar Somalië waren geweest (november 2008) en eenmaal een bijeenkomst hebben gehouden met personen die naar Somalië zouden vertrekken (november 2008). Daarbij ging het steeds om contacten met verschillende mensen.
30. In Somalië zou M.S.O., alleen in januari 2008, verschillende mensen die eerder vanuit Minneapolis naar Somalië reisden hebben bezocht en hebben verbleven in een Al-Shabaab 'safehouse', hij zou geld hebben gegeven voor de aanschaf van aanvalsgeweren en ter ondersteuning van Al-Shabaab en hij zou met leden van Al-Shabaab hebben gesproken over training en gevechten. Die handelingen vonden alle plaats voordat Al-Shabaab door de Amerikaanse regering officieel als terroristische organisatie was aangemerkt.
31. Kortom, het geven van geld lijkt de belangrijkste component te zijn van de aanklacht tegen M.S.O. Wat dan in het bijzonder opvalt is dat slechts op één plaats wordt gemeld om hoeveel geld het concreet zou gaan, namelijk honderden dollars voor de aanschaf van aanvalsgeweren. Bij geen van de transacties in de Verenigde Staten wordt een bedrag genoemd, terwijl je dit op basis van het vermeende belang van die handelingen wel zou verwachten.

32. Wat verder opvalt is dat het verzoek niet weergeeft dat het geld of de financiële steun gegeven is met het doel die andere personen tot strafbare feiten aan te zetten of die feiten mogelijk te maken. Daarnaast wordt nergens gesteld dat M.S.O. de wil had met zijn geldelijke steun terroristische daden, terroristen of een terroristische organisatie te ondersteunen. Die wil kon hij ook niet hebben. Gelet op de tijdsperiode waarbinnen zijn activiteiten zich zouden hebben afgespeeld en de positie van Al-Shabaab op dát moment, was zijn enige doel het ondersteunen van de gewapende strijd tegen de Ethiopische bezetter.
33. Overigens is het met betrekking tot de feiten nog wel relevant om te vermelden dat het gehele relaas is gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen die alleen tot stand zijn gekomen nadat de betrokkenen zelf waren aangehouden en als onderdeel van hun *plea bargain* verplicht waren mee te werken met justitie.
34. Voor het overige merk ik nog op dat het niet van belang is dat de Amerikanen stellen dat een aantal getuigen zelf hebben bekend strafbare feiten te hebben gepleegd die deels ook aan verdachte zijn tenlastegelegd. Daarmee is niet komen vast te staan dat de feiten werkelijk gepleegd zijn, dat verdachte daarbij betrokken was (of zelf heeft deelgenomen) of dat de feiten naar Nederlands recht strafbaar zijn. Deze in het verzoek opgenomen stelling dient daarom buiten beschouwing te blijven.

III. De stukken zijn ongenoegzaam

35. Voor zover M.S.O. de feiten zoals ik die net heb behandeld zou hebben gepleegd, heeft hij dit gedaan binnen de politieke en militaire context van het gewapend conflict in Somalië. Centraal voor het uitleveringsverzoek is daarbij de exacte rol van Al-Shabaab. Het wordt wel vaker betoogd: “De een z’n vrijheidsstrijder is de ander z’n terrorist”. Dat geldt zeker hier. Onafhankelijke bronnen geven aan dat Al-Shabaab zich pas met terrorisme ging bezighouden nádat Ethiopië zich had teruggetrokken. Dat was in januari 2009. M.S.O. zat toen al in een asielzoekerscentrum in Dronten. Zelfs het uitleveringsverzoek stelt geen tenlastegelegde feiten van na november 2008.
36. M.S.O. zou dus op basis hiervan een onschuldverweer kunnen voeren. Als ook voor u als uitleveringsrechter duidelijk wordt dat M.S.O. alleen steun heeft gegeven aan een

politieke organisatie die vecht tegen de gewapende bezetting, dan dient de uitlevering ontoelaatbaar worden verklaard. M.S.O. is dan immers onschuldig.

37. Op basis van de stukken zoals die nu bij het uitleveringsverzoek zijn gevoegd kunt u die afweging niet zorgvuldig maken. De stukken, met name de *supporting affidavits* zijn op dit punt dus ongenoegzaam. Het Uitleveringsverdrag NI-VS stelt in artikel 9 lid 3 dat bij het verzoek dient te worden gevoegd “het bewijsmateriaal dat, volgens het recht van de aangezochte Staat, de aanhouding en dagvaarding van die persoon zou rechtvaardigen indien het feit in die Staat zou zijn gepleegd”. In Nederland zou steun aan Al-Shabaab tegen de Ethiopische bezetting niet de aanhouding en dagvaarding van M.S.O. rechtvaardigen. Derhalve verzoek ik u dan ook de Amerikaanse overheid te verzoeken over de exacte positie van Al-Shabaab aanvullende informatie te verstrekken. Louter de constatering dat Al-Shabaab op een lijst van terroristische organisaties is geplaatst is daarvoor onvoldoende, om redenen die ik zo meteen nog verder zal uitwerken. Ook met betrekking tot die lijst ontbreekt namelijk de vereiste informatie.

IV. Dubbele strafbaarheid ontbreekt

Inleiding

38. Art. 1 van het Uitleveringsverdrag NI-VS (verder: NI-VS) verplicht de Nederlandse staat tot uitlevering over te gaan wanneer aan de in het verdrag genoemde vereisten is voldaan. Art. 2 lid 1 NI-VS vereist dat het tenlastegelegde feit zowel in de Verenigde Staten als Nederland strafbaar is. De laatste volzin van het artikellid vermeldt dat bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid de categorisering en de kwalificatie van het feit niet doorslaggevend zijn.
39. Blijkens het uitleveringsverzoek en de bijgevoegde dagvaarding is aan verdachte een vijftal feiten tenlastegelegd:
- Count 1: Conspiracy to provide material support to terrorists (verder: feit 1);
 - Count 2: Providing material support to terrorists (verder: feit 2);
 - Count 3: Conspiracy to provide material support to a foreign terrorist organization (verder: feit 3);

- Count 4: Providing material support to a foreign terrorist organization (verder: feit 4);
 - Count 5: Conspiracy to kill, kidnap, maim, and injure (verder: feit 5).
40. In de eerste plaats zal daarom getoetst moeten worden of bovengenoemde feiten naar Nederlands recht een strafbaar feit opleveren. Daartoe kan een tweetal benaderingen worden gekozen waartussen een bepaalde samenhang bestaat. In de eerste plaats is een concrete toets mogelijk waarbij wordt bekeken of de in het verzoek genoemde feiten in Nederland een strafbaar feit op zouden leveren. De tweede, abstracte methode ziet op toetsing van de tenlastelegging naar Amerikaans recht aan Nederlandse delictsomschrijvingen.

Kwalificatie

41. De toetsing aan het vereiste van dubbele strafbaarheid begin ik met de volgende opmerking. Feit 1 tot en met 5 zijn op specifieke wijze gekwalificeerd. Hoewel ik mij realiseer dat de kwalificering van de feitelijke omstandigheden niet doorslaggevend is voor de vraag of aan dubbele strafbaarheid is voldaan, merk ik desalniettemin op dat de genoemde feiten in Nederland niet op die wijze strafbaar zijn gesteld. Later zal ik de feitelijke omstandigheden langs de meetlat van de Nederlandse strafbepalingen leggen en zal ook daar tot de conclusie komen dat ook als men de feiten tot uitgangspunt neemt, niet tot strafbaarheid kan worden gekomen. Ik acht het echter ook van belang op dit punt te benadrukken dat de feiten zoals gekwalificeerd geen Nederlandse strafbare feiten opleveren.
42. Eén punt met betrekking tot die kwalificatie verdient hier aparte vermelding, namelijk de verwijzing in de tenlastegelegde feiten naar ‘terrorists’ (feit 1 en 2) en een ‘terrorist organization’ (feit 3 en 4). Dat roept de vraag wat nu eigenlijk met die termen wordt bedoeld. Daarover verschaft het uitleveringsverzoek geen enkele aanvullende informatie of aanvullende stukken.
43. De titel van de wetsbepaling waarop feiten 1 en 2 zijn gebaseerd, 18 United States Code 2339A(a) en 2, gebruikt de term ‘terrorists’. Dat begrip wordt echter nergens in die bepaling nader gedefinieerd. Het woord ‘terrorist’ komt in de bepaling verder zelfs

niet eens voor. Het is dan ook onmogelijk voor u als uitleveringsrechter om precies te bepalen hoe dat delict onder Nederlands recht gekwalificeerd dient te worden. Het Nederlandse strafrecht kent immers een dergelijke aanpak in het geheel niet: handelingen kunnen een terroristisch oogmerk hebben en organisaties kunnen het oogmerk hebben om terroristische misdrijven te plegen. Wij spreken niet van een ‘terrorist’ in het strafrecht. Op dit punt zijn de overgelegde stukken dan ook ongenoegzaam. Op grond van artikel 9, lid Uitleveringsverdrag N-VS dienen “de wetsbepalingen houdende de wezenlijke elementen en de benaming van het strafbare feit” te worden verstrekt in het uitleveringsverzoek. Dat is hier onvoldoende gebeurd. Derhalve verzoek ik u om de Amerikaanse autoriteiten te verzoeken die aanvullende informatie alsnog te verstrekken.

44. De feiten 3 en 4 van de tenlastelegging spreken van een ‘terrorist organization’. In het verzoek staat echter nergens te lezen op welke gronden de Amerikaanse overheid tot die kwalificatie is gekomen. Het verzoek zegt daar niet meer over dan de formele vaststelling dat Al-Shabaab door de Amerikaanse regering, overigens pas op 18 maart 2008, op een lijst van terroristische organisaties is geplaatst. Die vermelding suggereert dat het hier gaat om een formele procedure en uit eigen onderzoek weet ik ook dat deze is gebaseerd op een formele wet. De wetsbepalingen die nader definiëren hoe die lijst tot stand komt en welke criteria daarbij worden gebruikt ontbreken echter in het uitleveringsverzoek. Op grond van artikel 9, lid Uitleveringsverdrag N-VS dienen “de wetsbepalingen houdende de wezenlijke elementen en de benaming van het strafbare feit” te worden verstrekt in het uitleveringsverzoek. Dat is hier onvoldoende gebeurd. Ook op dit punt zijn de overgelegde stukken dus ongenoegzaam. Derhalve verzoek ik u om de Amerikaanse autoriteiten te verzoeken die aanvullende informatie alsnog te verstrekken.

Feitelijke toets

45. Dan kom ik dus bij de feitelijke toets. Die houdt in dat ik, zoals eerder gesteld, de omschreven feiten - ik heb ze voor u eerder samengevat - naast de Nederlandse strafbepalingen zal moeten leggen. Daarbij heb ik getracht alle relevante bepalingen, met name ook zoals die in het kader van het anti-terrorismebeleid en de Nederlandse zaken op dat gebied recentelijk zijn ontwikkeld en nog in ontwikkeling zijn, te

verwerken. Dat betekent dat ik achtereenvolgens de tenlastegelegde feiten zal toetsen aan de bepalingen ten aanzien van deelneming aan een terroristische of criminele organisatie, samenspanning, werven voor de gewapende strijd, alsook het plegen, doen plegen, medeplegen, uitlokken of poging daartoe voor al deze delicten.

46. Ik realiseer mij dat een zo feitelijke toets als ik hieronder zal toepassen ongebruikelijk is. De toets ten aanzien van dubbele strafbaarheid dient ertoe om vast te stellen of de bepalingen in beide staten in grote lijnen overeenkomen. Zodoende is Nederland niet verplicht mee te werken aan een veroordeling in een verzoekende staat terwijl de feiten waarvoor wordt vervolgd in Nederland geenszins strafbaar zijn. In het onderhavige geval betreft het verschillende vormen van terroristische misdrijven. In beginsel is terrorisme, de deelneming daaraan en de steun daaraan ook in Nederland strafbaar. Echter, de twee strafwetten (de Amerikaanse en de Nederlandse) vertonen op één belangrijk punt een groot verschil in reikwijdte en dat betreft de toepasselijkheid van subjectieve bestanddelen. Normaliter zou het uitleveringsverzoek in de kwalificatie daarover waarschijnlijk voldoende informatie geven. Door de kwalificatie en de in het verzoek beschreven feiten te combineren zal in veel gevallen de dubbele strafbaarheid weinig problemen opleveren. Als ik nu kijk naar het verzoek en de bewijslast die daar beschreven wordt, valt mij op dat er geen aandacht wordt besteed aan enig subjectief bestanddeel. Daaraan gekoppeld: ook de feitelijke beschrijving zegt daarover niets. Er is zelfs geen informatie over omstandigheden die erop kunnen wijzen dat van zoiets sprake was. Daardoor ontstaat voor mij een probleem in de toetsing van de dubbele strafbaarheid: een bestanddeel dat doorgaans geen probleem oplevert wordt nu geheel genegeerd in het uitleveringsverzoek, en met name in de beschrijving van de bewijslast. Daarom voel ik mij genoodzaakt een voornamelijk feitelijke toets te hanteren en de kwalificatie die daaraan gegeven is door de Amerikanen voor een groot deel los te laten. In het handboek van Swart lees ik dat voor een zo feitelijke toets ook ruimte bestaat en als gevolg van de summier beschrijving in het uitleveringsverzoek meen ik dat die toets ook nodig is. Swart omschrijft het als volgt:

“Bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid gaat het er om of het handelen danwel het nalaten waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht of ter zake waarvan hij werd veroordeeld, naar het recht van de verzoekende staat zowel als dat van de verzochte staaten strafbare gedraging vormt.

Uitgangspunt voor deze beoordeling zijn de feiten zoals zij zich in het concrete geval vermoedelijk of met zekerheid hebbentoege dragen.

Kenbron bij uitnemendheid voor deze feitelijke toedracht vormt het uitleveringsverzoek, in het bijzonder de in dit verzoek opgenomen uiteenzetting van de feiten. [...]

Het onderzoek naar de strafbaarheid van de concrete gedraging veronderstelt dat in de uiteenzetting van de feiten alle elementen kunnen worden teruggevonden die in een delictsomschrijving in het recht van de verzoekende staat of de verzochte staat zijn opgesomd. Dit geldt niet alleen voor de gedraging zelf maar bijvoorbeeld ook voor de subjectieve en de objectieve omstandigheden waaronder het feit werd begaan of voor bijkomende voorwaarden voor strafbaarheid. De Nederlandse rechtspraak geeft van deze werkwijze vele voorbeelden te zien. [...] Onder omstandigheden kan deze toetsing ‘in concreto’ zeer ver voeren. [...] Gaat het om een strafbaar feit waarbij een agent provocateur betrokken was, dan dient te worden onderzocht of deze niet het opzet bij de opgeëiste persoon heeft gewekt. [...]” (A.H.J. Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1986, p. 142)

Ik leid daaruit het volgende af. De kwalificatie is van weinig belang. Dat wordt mijns inziens ook ondersteund door het uitleveringsverdrag. Gelet op de summiere beschrijving in het verzoek is een toetsing via de kwalificatie ook niet goed uit te voeren. Uit de tekst van Swart begrijp ik dat een toets moet worden uitgevoerd waarin wordt bekeken of de beschreven feiten, ware zij de feiten hypothetisch de feiten die de strafrechter tot zijn beschikking had, strafbaar geweest naar enige Nederlandse strafbepaling.

47. Ik merk daarbij in eerste instantie het volgende op. In het vervolg van mijn pleidooi zal ik verschillende artikelen uit het wetboek van strafrecht behandelen. Daarbij is in elk artikel een subjectief vereiste gesteld. Soms is opzet nodig, soms geldt opzet als ingeblikt in de handeling en soms is oogmerk nodig. Culpose delicten behandel ik niet omdat het uitleveringsverzoek daar niet op ziet. Het zal u in dit pleidooi opvallen dat ik keer op keer tot de vaststelling kom dat aan het opzetvereiste niet voldaan is, in welke vorm dan ook. Ik vind het nodig wel steeds een aparte bespreking op te nemen per feit vanwege de verschillende verschijningsvormen, maar ook omdat de opzetregel leidt tot verschillende bestanddelen waarop opzet ziet. Op dit punt past dan ook de algemene opmerking dat het uitleveringsverzoek op geen enkele wijze omschrijft dat aan het vereiste opzet - in welke vorm dan ook - voldaan is. Dat is ook niet vreemd. Wanneer ik de Amerikaanse strafbepalingen bezie, valt mij op dat de Amerikaanse anti-terrorisme bepalingen slechts in beperkte mate met subjectieve bestanddelen

werken. Hetgeen een gevolg lijkt te zijn van de wil van de Amerikaanse wetgever om een sterke instrumentele werking aan die wetgeving mee te geven. Het Nederlandse strafrecht hecht in die zin meer waarde aan de eis dat elk misdrijf in het Nederlandse strafrecht een subjectief element in zich moet houden.

Feitelijke toets - deelneming aan criminele organisatie en terroristische organisatie

48. In dit kader is onder andere de delictomschrijving van art. 140 en 140a Sr van belang. Hoewel ik aanneem dat u met de vereisten voor veroordeling van die artikelen bekend bent, lijkt het mij toch van belang ze hier te herhalen. Voor veroordeling is noodzakelijk dat (i) sprake is van een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband, (ii) een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, (iii) waaraan door verdachte is deelgenomen. Aan de organisatie is deelgenomen door verdachte wanneer (a) hij behoort tot het samenwerkingsverband, (b) een aandeel heeft in gedragingen die strekken of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het misdadig oogmerk en (c) voldaan is aan het vereiste dat verdachtes opzet gericht moet zijn op (namelijk: kennis draagt van) het feit dat de organisatie het oogmerk heeft strafbare feiten te plegen. Het vierde lid van art. 140 Sr bepaalt dat onder deelneming tevens wordt begrepen: het geven van geldelijke of stoffelijke steun of het werven van personen of gelden voor de organisatie. Art. 140a Sr verhoogt het strafmaximum wanneer de in art. 140 Sr bedoelde organisatie als oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven.
49. De term ‘terroristische misdrijven’ is gedefinieerd in art. 83 Sr en geeft een limitatieve opsomming van de feiten die daaronder vallen. Voor de onderhavige zaak zijn van belang art. 282b en 282c Sr (wederrechtelijke vrijheidsberoving met terroristisch oogmerk en de samenspanning daartoe), art. 288a Sr (doodslag met terroristisch oogmerk), art. 289 en 289a Sr (moord met terroristisch oogmerk), art. 304a Sr (zware mishandeling met terroristisch oogmerk) en 304b Sr (samenspanning tot zware mishandeling met voorbedachte raad met terroristisch oogmerk). Voor alle genoemde feiten is vereist dat sprake is van handelen met terroristisch oogmerk.
50. Van terroristisch oogmerk is sprake wanneer voldaan is aan de omschrijving van art. 83a Sr: “Onder terroristisch oogmerk wordt verstaan het oogmerk om de bevolking of

een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen.”

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

Feitelijke toets - is ten aanzien van art. 140a Sr (deelneming aan een terroristische organisatie) voldaan aan dubbele strafbaarheid?

53. Het uitleveringsverzoek moet worden gezien als de primaire bron voor de feiten die als grondslag voor de uitlevering moeten dienen. Uit die feitelijke omschrijving blijkt niet dat Al-Shabaab een organisatie is die als *naaste doel* heeft het plegen van terroristische misdrijven. Het uitleveringsverzoek beschrijft slechts dat leden van Al-Shabaab zelfmoordaanslagen hebben gepleegd. Hoewel zulks wellicht als terroristisch misdrijf zou kunnen worden omschreven is dit onvoldoende om aan te nemen dat dergelijke aanslagen ook het naaste doel van Al-Shabaab zijn. Uit bijgevoegde documenten blijkt ook dat Al-Shabaab tevens politieke activiteiten heeft.¹² Zoals reeds gezegd, en bevestigd in het uitleveringsverzoek, verzette Al-Shabaab zich militair

tegen de Ethiopische bezetting van Somalië. Verzet tegen vreemde troepen in het eigen land op deze wijze kan naar Nederlands recht niet als terrorisme worden aangeduid.

54. Daarnaast tref ik nergens in het verzoek aan dat verdachte van dergelijke feiten – aangenomen dat die zijn gepleegd of dat daartoe een plan bestond – enige kennis zou hebben gehad. Verdachte zou met personen hebben gesproken die uiteindelijk naar Somalië zijn gegaan. Hij zou hen financieel ondersteund hebben en beloofd hebben dat ook te doen wanneer zij in Somalië zouden verblijven. Het feit dat een beperkt aantal van die personen uiteindelijk betrokken was bij zelfmoordaanslagen, is onvoldoende om vast te stellen dat verdachte ook kennis had van het doel van de organisatie. In het verzoek is tevens te lezen dat verdachte geld zou hebben geleverd voor de aankoop van aanvalsgeweren (AK-47). Dat hij daarbij betrokken was, althans dat hij zou hebben geweten dat het geld daarvoor gebruikt zou worden, acht ik op zichzelf al zeer te betwisten. We moeten hier echter het verzoek tot uitgangspunt te nemen. Juist ook hier geldt dat als verdachte bij die transactie betrokken was, daaruit evenmin blijkt dat verdachte kennis had van het doel om met die wapens terroristische misdrijven te plegen. Opvallend is op dit punt ook dat het verzoek in het ongewisse laat wat nu precies de terroristische activiteiten van Al-Shabaab zijn. We moeten toch aannemen dat de Amerikaanse aanklager bij terroristische misdrijven doelt op de zelfmoordaanslagen (waarover ook de vorige paragraaf). Het valt dan op dat bij dergelijk acties de aanvalsgeweren van weinig nut zijn. Als de geweren zijn gekocht zullen die mogelijk ingezet zijn bij de strijd tegen de Ethiopische troepen en juist van die acties meen ik dat die geenszins als terroristisch misdrijf kunnen worden aangemerkt. Bovendien is uit nieuwsrapportages duidelijk dat de eerste zelfmoordaanslag pas in oktober 2008 plaatsvond.
55. Op grond van het voorgaande meen ik dat niet is voldaan aan het vereist voor dubbele strafbaarheid ten aanzien van deelneming aan een terroristische organisatie.

Feitelijke toets - is ten aanzien van art. 140 Sr (deelneming aan een criminele organisatie) voldaan aan dubbele strafbaarheid?

¹² Zie bijlagen.

56. Ik merk hier op dat de criteria voor toepassing van art. 140 en 140a Sr grotendeels overlappen. Art. 140a Sr is met name bedoeld als gekwalificeerd misdrijf wanneer de organisatie het oogmerk heeft terroristische misdrijven te plegen, ik herhaal de algemene criteria hier niet. Ook ten aanzien van dit mindere verwijt (ten opzichte van deelneming aan een terroristische organisatie) blijkt uit het verzoek niet dat verdachte enige kennis droeg van het vermeende naaste doel van Al-Shabaab om strafbare feiten te plegen. Het verzoek bevat geen enkele informatie over de kennis van verdachte van de zelfmoordaanslagen die zouden zijn gepleegd in naam van Al-Shabaab. Die aanslagen vonden overigens ook pas op een later moment plaats. Er is slechts beschreven dat M.S.O. deze personen eenmaal zou hebben begeleid naar het vliegveld en verder in onbekende mate financieel zou hebben gesteund. Dat is echter ruimschoots onvoldoende om aan te kunnen nemen dat hij kennis had van enig strafbaar feit. Ook merk ik het volgende op. Uit meer algemene informatie is mij duidelijk geworden dat het gebruikelijk is dat Al-Shabaab, alvorens personen voor hen gevechten aangaan, eerst getraind worden in een trainingskamp. Het valt op dat het verzoek hieromtrent niets stelt. Ook blijkt niet van kennis van verdachte dat een dergelijke training zou worden gegeven. Ik acht dat van belang bij de beoordeling van het vereiste opzet. Verdachte wist kennelijk niet van de training en zal daarom ook het verdere doel niet gekend hebben.
57. Omtrent het verwijt dat verdachte de aankoop van aanvalsgeweren zou hebben gesteund, merk ik het volgende op. Ook hieruit blijkt niet dat verdachte kennis had van het criminele oogmerk van Al-Shabaab. Hij zal wellicht hebben geweten dat met die wapens gewelddadigheden zouden worden gepleegd. Uit het verzoek blijkt echter dat het geweld van Al-Shabaab zich richtte tegen de Ethiopische troepen. Dergelijk verzet met geweld tegen een vreemde bezettingsmacht in het eigen land kan toch – zonder nadere motivering – bezwaarlijk worden gezien als strafbaar feit. Het moet ervoor worden gehouden dat in Somalië indertijd, in de strijd tegen de Ethiopische troepen, sprake was van een gewapend conflict.
58. Daarom meen ik dat verdachte, op grond van de in het verzoek gestelde feiten, in Nederland niet veroordeeld zou kunnen worden voor deelneming aan criminele organisatie.

Feitelijke toets - is ten aanzien van samenspanning voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid?

59. De kern van het verwijt onder feit 1, 3 en 5 is de strafbare samenspanning (Engels: *conspiracy*). In het Nederlandse strafrecht is slechts in een beperkt aantal gevallen gekozen voor strafbaarstelling van samenspanning. De samenspanning tot hetgeen in onder feit 1 en 3 is gesteld, is naar Nederlands recht niet strafbaar. De samenspanning tot hetgeen onder feit 5 is gesteld is slechts strafbaar voor zover het moord (*kill*) en verminking (*maim*) betreft. Samenspanning tot ontvoering (*kidnap*) en mishandeling (*injure*) zijn niet strafbaar.
60. Art. 80 Sr omschrijft de samenspanning naar Nederlands recht: “Samenspanning bestaat zodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen.” Daarmee valt dit vereiste in grote lijnen samen met die naar Amerikaans recht. Echter, ter toetsing van het bestaan van dubbele strafbaarheid is de kwalificatie of rubricering van minder belang. Zulks wordt in het Uitleveringsverdrag NI-VS ook benadrukt in art. 2 lid 1 laatste volzin. De beschreven feiten zijn bepalend voor de kwalificatie die daaraan naar Nederlands recht gegeven moet worden. Uit de in het verzoek gestelde feiten blijkt geenszins dat verdachte met anderen is overeengekomen de feiten te plegen die in het verzoek worden gesteld. Omschreven wordt slechts dat financiële steun is gegeven, dat verdachte in Somalië aanwezig is geweest en daar gesprekken heeft gevoerd en dat hij personen begeleid heeft. Ook blijkt niet dat verdachte wist van het doel dat een dergelijke overeenkomst zou hebben gehad. Ik realiseer mij dat voor de samenspanning geen formele overeenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek nodig is en dat de overeenkomst zelfs niet expliciet hoeft te zijn gemaakt. De feiten in het verzoek voldoen echter niet eens aan die lage eis om de redenen die ik eerder beschreef. Aangezien het verzoek de noodzakelijk feitelijke steun moet bieden voor de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht, moet ik hier concluderen dat van strafbare samenspanning geen sprake kan zijn aangezien een dergelijke vaststelling iedere feitelijke grondslag ontbeert.

Feitelijke toets - is ten aanzien van art. 205 Sr (werving voor de gewapende strijd) voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid?

61. Art. 205 Sr stelt strafbaar de werving van personen voor vreemde krijgsdienst of de gewapende strijd zonder dat daarvoor toestemming is gegeven door de Regering. Enige tijd geleden is het artikel gewijzigd. Daarbij is de term ‘aanwerven’ vervangen door ‘werven’. Doel van die wijziging was om werving voor de ‘jihad’ (islamitische strijd) strafbaar te stellen. De delictsomschrijving lijkt nu een grote reikwijdte te hebben gekregen. Ik meen desalniettemin dat het artikel in het onderhavige geval niet van toepassing is. Daarvoor heb ik een tweetal gronden. Alvorens die te behandelen merk ik op dat het doel van voornoemde wijziging (werving voor de jihad strafbaar stellen) hier niet van toepassing is. Nooit is gesteld dat de gewapende strijd in Somalie als jihad moet worden gekwalificeerd.
62. *Werving*: De kern van het verwijt dat in art. 205 Sr besloten ligt is dat een persoon wervingsactiviteiten met het oog op deelneming aan die gewapende strijd ontplooit en daarbij er ook in slaagt bij die andere personen de wil te doen ontstaan om aan een gewapende strijd deel te nemen. Met andere woorden, drie elementen zijn noodzakelijk om te voldoen aan de werving: i) handelingen die kunnen leiden tot werving, ii) het opzet om die andere personen te werven iii) en het bestaan van een gewapende strijd waarvan de werver kennis heeft en wil dat de geworvene daaraan deelneemt. Ad. ii: opnieuw moet het uitleveringsverzoek als primaire feitelijke basis dienen voor de beoordeling van de dubbele strafbaarheid. Uit dat verzoek blijkt geenszins dat verdachte het vereiste opzet had om door zijn geldelijke steun de ontvangers van dat geld aan te zetten deel te nemen aan een gewapende strijd in Somalië. Het verzoek stelt immers nergens dat verdachte alleen al wist dat personen die onder deze omstandigheden naar Somalië vertrokken daar ook handelingen zouden verrichten in de strijd tegen de Ethiopische troepen. Daarnaast kan uit het geven van geldelijke steun dat opzet evenmin blijken. Dat geldt met name omdat het verzoek ervan uit lijkt te gaan dat de financiële steun gericht was op de reis naar Somalië en steun voor het verblijf daar. Er blijkt niet dat het geld zou worden ingezet voor andere doelen. Slechts op één punt blijkt dat wel: nl. waar het verzoek stelt dat verdachte geld zou hebben geleverd ten behoeve van de aankoop van aanvalsgeweren. Daar kan echter geen sprake zijn van werving omdat niet is gebleken dat verdachte daarmee andere personen zou hebben geworven voor die strijd. Aangenomen moet worden dat die wapens zijn geleverd aan personen die reeds de wil hadden om te vechten. Ad. i: daarnaast zijn ook de handelingen van verdachte op zichzelf onvoldoende om te

kunnen spreken van werving. Immers, dat een persoon geld levert en dat hij met personen spreekt (waar de inhoud van die gesprekken onbekend is) kan niet worden gezegd dat dergelijke handelingen met name kunnen leiden tot werving. Die interpretatie baseer ik op de uitspraak van het Hof Den Haag in de Piranha-zaak. Het hof stelde:

“Het hof overweegt voorts dat het ‘werven’ over het algemeen geen eenmalige handeling zal betreffen, doch veeleer een proces omvat dat begint met het spotten van een mogelijke/bevattelijke rekrut en via het wekken van vertrouwen en het kweken van liefde voor de jihad – niet zelden door het vertonen van oorlogsfilmpjes – eindigt met het daadwerkelijk bewegen van iemand tot deelname aan een gewelddadige strijd.” (Hof Den Haag 2 oktober 2008, LJN: BF3987, r.o. onder ‘Werven voor gewapende strijd’)

In de onderhavige zaak kan daarvan geen sprake zijn. Verdachte heeft slechts gesprekken gehad – uit het verzoek lijkt te blijken dat daarvan slechts in beperkte mate sprake was – en dat er financiële steun is gegeven – waarvan de hoogte onduidelijk is. Een proces van beïnvloeding zou dan ook niet de kwalificatie zijn die ik aan het handelen van verdachte zou geven. Zo kan van werving geen sprake zijn. Ad. iii: voorts is van belang enige aandacht te schenken aan de term ‘gewapende strijd’ (van een vreemde krijgsmacht kan niet gesproken worden). Het opzetvereiste dat onder ii. besproken werd moet immers ook op die gewapende strijd gericht zijn. De werver moet dus de intentie hebben te werven voor die gewapende strijd. Daarvoor is op zijn minst noodzakelijk dat de werver kennis heeft van gevechtshandelingen die de geworven personen zouden gaan ondernemen. Daarvan is in dit geval – zoals reeds gesteld onder ii. – geen sprake. Ik merk daarbij ook opnieuw op dat verdachte kennelijk geen kennis had van de training die personen die naar Somalië reisden voor de gewapende strijd moesten doorgaan. Het ligt mijns inziens voor de hand dat een werver de geworvenen linea recta naar een trainingskamp stuurt. Dat deed M.S.O. niet en hij heeft daar, blijkens het verzoek, ook geen kennis van gehad.

63. Zoals ik reeds in de vorige paragraaf beschreef ligt de kern van het verwijt dat aan art. 205 Sr ten grondslag ligt in het doen ontstaan van de wil bij een andere persoon om deel te nemen aan de gewapende strijd. Die poging tot ‘wilsverandering’, als ik het zo mag noemen, vereist dat die wil niet reeds bestaat. Het verzoek lijkt ervan uit te gaan

dat de personen die naar Somalië reisden reeds de wil hadden daar te gaan vechten voordat zij met M.S.O. in contact kwamen. Dat hij hen later, na het ontstaan van het idee om naar Somalië te gaan, financieel heeft ondersteund is onvoldoende om aan de vereiste wilsverandering te voldoen.

64. *Te beschermen belang*: art. 205 Sr is opgenomen in de titel ‘misdrijven tegen het openbaar gezag’. Daarmee is de achtergrond van de strafbepaling gegeven. Men zou kunnen verwachten dat die achtergrond ertoe zou hebben geleid twee beperkingen op de reikwijdte van het artikel aan te brengen: alleen de werving door of van Nederlanders of slechts werving voor gewapende strijd tegen Nederland strafbaar te stellen. Die beperking is niet aangebracht, met name met het oog op terrorismebestrijding. In het onderhavige geval is echter niet één van twee omstandigheden aanwezig: ze zijn beide toepasselijk. Als verdachte heeft geworven dan deed hij dat als Somaliër, de werving zou dan gericht zijn op andere Somaliër om in Somalië te vechten tegen een bezettingsmacht, nl. de Ethiopische troepen. Die omstandigheden in onderlinge samenhang bezien moet leiden tot de conclusie dat *in casu* geenszins sprake kan zijn van een aantasting van het openbaar gezag, of een dreiging daarvan. De locatie van de werving is min of meer toevallig en de werving zou op geen enkele wijze met die locatie verbonden zijn. Het te beschermen belang is in het onderhavige geval dus niet aangetast: de verbinding met Nederland (*mutatis mutandis* de Verenigde Staten) is niet relevant voor hetgeen de verdachte zou hebben beoogd, aangenomen dat hij werving beoogde. Evenmin is het openbaar gezag – in Nederland – aangetast omdat het doel van Al-Shabaab indertijd bestond uit het bevechten van een bezettingsmacht afkomstig uit Ethiopie. Als er al werving beoogd werd, zou dat een rechtvaardigbaar doel hebben.

Feitelijke toets - is “providing material support to terrorists or a terrorist organization” strafbaar naar Nederlands recht?

65. Ik heb reeds betoogd dat de samenspanning zoals omschreven in het verzoek naar Nederlands niet strafbaar is en – voor zover het wel strafbaar is – de gestelde feiten een veroordeling naar Nederlands recht niet zouden kunnen dragen. Ik heb reeds aandacht besteed aan de strafbaarheid via de samenspanning en de deelneming aan een

criminele of terroristische organisatie. Hierna besteed ik aandacht aan art. 47 Sr en de strafbare poging. Nu wil ik de vraag bespreken of “*providing material support to terrorism*” als zelfstandig feit naar Nederlands recht strafbaar is. Mijns inziens is dat niet zo, althans het was geen strafbaar feit ten tijde van het plegen ervan (voor zover daarvan sprake is). De steun aan terrorisme zal immers in de toekomst strafbaar worden gesteld in art. 134a Sr. Het artikel is inmiddels gepubliceerd (*Stb.* 2009, 245), maar een datum van inwerkingtreding is nog niet bekend. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze zelfstandige vorm van steun aan terrorisme in het Wetboek van Strafrecht nog niet was geregeld en dat daarom eerder toevlucht moest worden gezocht tot leerstukken als deelneming en poging of de criminele (ofwel terroristische) organisatie (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3, p. 4-10). Een zelfstandige strafbaarstelling van steun (“*providing material support*”) bestond in de in het verzoek genoemde periode daarom niet.

Feitelijke toets - is ten aanzien van plegen, doen plegen, medeplegen, uitlokking of poging voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid?

66. Op dit punt laat ik de kwalificatie van de feiten zoals opgenomen onder feit 1 tot en met 5 los en zal aandacht besteden aan de vraag of van plegen, doen plegen, medeplegen, uitlokking of poging tot het plegen van misdrijven sprake kan zijn. Ik hanteer moord, doodslag en onder andere mishandeling als feiten waarop voornoemde leerstukken zien. Dat zijn immers de ‘grondfeiten’ waarop de handelingen van verdachte uiteindelijk zouden hebben gezien, welke het verzoek lijkt te impliceren. Ik benadruk dat ik daarmee niet doel op de onder 5 tenlastegelegde feiten. Hoewel die daarbij betrokken zijn, gebruik ik de omschrijving voor de toetsing van dubbele strafbaarheid ten aanzien van feit 1 tot en met 5.
67. *Plegen*: het verzoek stelt niet dat verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt aan enig strafbaar feit als moord, doodslag, mishandeling etc. Van een zelfstandig plegen van dergelijke feiten kan daarom geen sprake zijn. Ik heb dat al eerder opgemerkt.
68. *Doen plegen*: in het verzoek wordt niet het standpunt ingenomen dat verdachte via personen in Somalië strafbare feiten zou hebben gepleegd. Deze vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan reeds worden uitgesloten op grond van het

volgende. Voor doen plegen is noodzakelijk dat de tussenpersoon niet gestraft kan worden. Dit is de thans geldende interpretatie van de Hoge Raad die sinds het Melk en water-arrest wordt gebezigd. Van tussenpersonen die beroep kunnen doen op een schulduitsluitingsgrond is hier geen sprake, althans het verzoek omschrijft daaromtrent niets.

69. *Medeplegen*: men kan zich afvragen of verdachte naar Nederlands recht niet strafbaar zou zijn voor medeplegen van handelingen die terroristische misdrijven zouden zijn. Het gaat dan om zaken als moord, doodslag, zware mishandeling etc. Om schuldig te zijn aan het medeplegen van die en dergelijke feiten moet sprake zijn van bewuste en nauwe samenwerking bij de uitvoering van het strafbare feit. Vereist is tevens dat van opzet sprake is, dat wil zeggen: de medepleger moet enige kennis hebben van het doel van het samenwerkingsverband en hij moet dat doel op zijn minst geaccepteerd hebben. In het onderhavige geval wordt niet aan die criteria voldaan. Uit het verzoek blijkt geenszins dat verdachte nauw heeft samengewerkt om genoemde feiten te bewerkstelligen. Over afspraken of een stilzwijgende samenwerking is niets gesteld en daarnaast blijkt niet dat verdachte enige kennis had – ook geen algemene kennis – van het doel van een dergelijk samenwerkingsverband. Verdachte heeft dus – aangenomen dat de genoemde strafbare feiten hebben plaatsgevonden – onvoldoende met de personen die naar Somalië gereisd zouden zijn, samengewerkt om te kunnen spreken van een nauwe en bewuste samenwerking die medeplegen oplevert.
70. *Uitlokking*: uitlokking vereist dat de uitlokker de uitgelokte heeft gebracht tot het plegen van het feit. In het onderhavige geval zou het dan om moord, doodslag, zware mishandeling etc. moeten gaan. Het opzet van de uitlokker moet gericht zijn op het plegen van die feiten door de uitgelokte. Daartoe zet de uitlokker middelen in en ten aanzien van die middelen geldt tevens een opzetvereiste: de middelen moeten ertoe dienen de ander uit te lokken tot het specifieke feit. In het onderhavige geval verzet opnieuw die dubbele opzeteis zich tegen strafbaarheid. Ook hier vermeldt het verzoek geenszins dat er bij verdachte kennis aanwezig was van de feiten die de personen waarmee hij contact heeft gehad zouden gaan plegen. Ook blijkt uit het verzoek niet dat gelden die hij ter beschikking heeft gesteld of de gesprekken bedoeld waren om die personen tot het geweld aan te zetten. Ook de figuur van uitlokking biedt daarmee onvoldoende grond voor de stelling dat aan de dubbele strafbaarheid is voldaan.

71. *Poging*: van poging tot de feiten als moord, doodslag, zware mishandeling etc. kan bezwaarlijk sprake zijn. Immers, de vermeende geldelijke steun en gesprekken zouden dan als uitvoeringshandeling moeten worden gekwalificeerd. Dat kan niet het geval zijn. Immers, uit de geldelijke steun en gesprekken kan geen opzet worden afgeleid op zware misdrijven als moord. Het opzet van verdachte kan zich blijkens de gestelde feiten niet zo ver uitstrekken.
72. Concluderend kan worden opgemerkt dat voor alle feiten zoals gesteld in het uitleveringsverzoek de dubbele strafbaarheid ontbreekt. Daarmee is niet voldaan aan de vereisten van artikel 2 Uitleveringsverdrag NI-VS. Het uitleveringsverzoek dient dan ook te worden afgewezen.

V. Dubbele vervolgbaarheid ontbreekt

73. In deze zaak heeft een deel van de feiten zich voorgedaan buiten de Verenigde Staten. Het Uitleveringsverdrag tussen de Verenigde Staten en Nederland vereist (art. 3 NI-VS) in dergelijke gevallen dat getoetst wordt of de Nederlandse strafrechter “in gelijksoortige omstandigheden bevoegd zou zijn daarover rechtsmacht uit te oefenen [...]” Dit leidt uitzondering indien de persoon van wie de uitlevering wordt verzocht onderdaan is van de verzoekende staat, hetgeen in het onderhavige geval niet zo is: verdachte is onderdaan van Somalië. Hij bezit slechts een verblijfsvergunning voor de Verenigde Staten.
74. Getoetst dient te worden of Nederland rechtsmacht zou hebben ten aanzien van de feiten die zich in Somalië voorgedaan zouden hebben. Daarbij is het volgende van belang: of rechtsmacht bestaat in het hypothetische geval dat niet van de Verenigde Staten, maar vanuit Nederland gewerkt zou zijn. Dit wordt door Swart (A.H.J. Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1986, p. 189) de denkbeeldige toets genoemd.
75. Ik pas die denkbeeldige toets hier toe. De feiten zoals gesteld in het verzoek lees ik dan op zodanige wijze dat al hetgeen in de Verenigde Staten zou hebben

plaatsgevonden, in Nederland plaatsvond. Hetgeen van januari tot en met april 2008 plaatsvond, is dan niet op Nederlands territorium gebeurd. Somalië moet daarvoor als *locus delicti* worden aangewezen. Ten aanzien van die feiten (het verblijf in het safehouse, de gesprekken en de steun voor de aanschaf van de aanvalsgeweren) moet worden getoetst of krachtens art. 3 tot en met 7 Sr rechtsmacht zou kunnen worden gevestigd over die feiten.

76. Een aantal gronden voor rechtsmacht kan op simpele wijze voor het onderhavige geval worden uitgesloten. Dit geldt voor art. 3 Sr. Het feit is immers niet aan boord van een vaartuig of luchtvaartuig gepleegd. Ook art. 4a Sr is niet van toepassing. Van afgeleide rechtsmacht kan in deze immers geen sprake zijn. De strafvervolgning zou niet worden overgenomen, in het onderhavige geval is uitlevering aan de orde. Art. 5 Sr is van toepassing op Nederlanders. Gelet op het feit dat in onze denkbeeldige situatie alleen van een Nederlander sprake zou zijn wanneer verdachte Amerikaan was geweest, hetgeen hij niet is, moet worden geoordeeld dat art. 5 Sr niet van toepassing is. Verdachte is geen ambtenaar, niet in openbare dienst en geen schipper of opvarende, zodat art. 6 en 7 Sr niet van toepassing kunnen zijn.
77. Slechts art. 4 en 5a Sr zouden in beginsel tot de vestiging van rechtsmacht kunnen leiden. Zoals eerder beschreven zijn voor de beoordeling van het verzoek de volgende artikelen relevant: art. 47, 140, 140a, 282b, 282c, 288, 288a, 289, 289a, 302, 303, 304a en 304b Sr.
78. *Ten aanzien van art. 4 Sr:* Dit artikel is voor zover het sub 1 tot en met 12 en 16 betreft niet van toepassing. De relevante artikelen worden daarin niet genoemd. Sub 13 en 14 vereisen dat sprake is van (i) een terroristisch misdrijf, (ii) de artikelen bestreken worden door het genoemde verdrag van New York (1997) of (iii) de verdachte zich in Nederland bevindt. Ad. i: Eerder heb ik reeds betoogd dat van een terroristisch misdrijf geen sprake kan zijn. Ik verwijs korthedshalve naar die overwegingen. Ad. ii: Het in het artikel genoemde verdrag (het op 15 december 1997 te New York totstandgekomen Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen (Trb. 1998, 84)) ziet op terroristische activiteiten en bepaalt in artikel 2 welke materiele feiten het verdrag normeert. Daarbij staat centraal het gebruik van explosieven. Het artikel koppelt daaraan vormen van deelneming, poging en

voorbereiding. Verdachte wordt echter niet verweten dat hij bij het gebruik van explosieven voor het doel genoemd in artikel 2 betrokken was. Gesteld is slechts dat personen met wie verdachte contact heeft gehad zich op een later moment hebben bezig gehouden met een zelfmoordaanslag waarbij explosieven werden gebruikt. De omschrijving in het verzoek laat daarmee niet toe dat deze grond voor rechtsmacht wordt gehanteerd. Ad. iii: Verdachte bevindt zich momenteel in Nederland. We moeten echter onze hypothese ook hierover uitstrekken zodat, naar analogie met de Verenigde Staten, het voor de toepassing van deze bepaling ervoor moet worden gehouden dat verdachte zich niet in het eigen land bevindt. Sub 15 is duidelijk niet van toepassing. Nergens in het verzoek wordt immers gesteld dat enig feit gericht was tegen de Verenigde Staten of de Amerikaanse bevolking (in onze denkbeeldige situatie: tegen Nederland of de Nederlandse bevolking). Ik concludeer op deze gronden dat rechtsmacht niet gevestigd kan worden op grond van art. 4 Sr.

79. *Ten aanzien van art. 5a Sr:* Dit artikel geeft uitdrukking aan het zogenaamde domiciliebeginsel. De Nederlandse strafrechter kan rechtsmacht vestigen ten aanzien van feiten die buiten Nederland hebben plaatsgevonden onder andere als sprake is van een terroristisch misdrijf. Ook hier herhaal ik dat van een terroristisch misdrijf geen sprake kan zijn en ook hier verwijs ik terug naar mijn eerdere behandeling daarvan. De reeks genoemde artikelen behoren allen niet tot de voor de onderhavige zaak relevante artikelen. Op grond hiervan concludeer ik dat ook art. 5a Sr niet kan leiden tot de vestiging van rechtsmacht.
80. *Conclusie ten aanzien van de rechtsmacht:* De voorgaande behandeling moet mijns inziens leiden tot de conclusie dat de Nederlandse rechter in ons hypothetische geval geen rechtsmacht zou kunnen vestigen ten aanzien van de feiten die zich slechts in Somalië hebben voorgedaan. Ik verzoek u daarom om de tenlastegelegde feiten, voor zover die op de beschreven feiten in Somalië zijn gebaseerd, te schrappen mocht u de uitlevering toelaatbaar achten. Conform het specialiteitsbeginsel zouden die feiten geen grondslag mogen bieden voor een veroordeling ten overstaan van de Amerikaanse strafrechter. Aan het vereiste van dubbele vervolgbaarheid (in samenhang met het vereiste van dubbele strafbaarheid) is immers niet voldaan. Overigens merk ik, ten overvloede, op dat de feiten die in Somalië plaats vonden tevens niet relevant zijn voor feit 3 en 4 omdat de Amerikaanse tenlastelegging de

pleegdatum later laat beginnen en omdat de ‘designation’ van Al-Shabaab als terroristische organisatie ook pas later ligt.

81. Als gevolg van de toets ten aanzien van dubbele vervolgbaarheid zullen de vermeende activiteiten van verdachte in Somalië van de beoordeling moeten worden uitgesloten. Die zouden immers zelfstandig nooit kunnen leiden tot een strafrechtelijke veroordeling omdat voor die feiten de rechtsmacht voor de Nederlandse strafrechter ontbreekt. In mijn eerdere bespreking van de dubbele strafbaarheid heb ik reeds aandacht besteed aan de activiteiten van verdachte in de Verenigde Staten. Door toetsing van die activiteiten aan het Nederlandse strafrecht kwam ik al tot de conclusie dat zelfs dan van strafbaarheid geen sprake kan zijn. Op dit punt wil ik echter als subsidiair betoog daaraan toevoegen – voor het geval u verdachte op grond van voornoemde feiten wel dubbele strafbaarheid aanwezig acht – dat aan het vereiste van dubbele strafbaarheid geenszins kan zijn voldaan als gevolg van de uitsluiting van de in Somalië voorgevallen feiten. De kern van de activiteiten van verdachte beperkt zich dan immers tot geldelijke steun, gesprekken met personen die later bij activiteiten van Al-Shabaab betrokken zijn geraakt en beloften tot geldelijke steun wanneer zij in Somalië zouden arriveren.
82. Concluderend kan worden opgemerkt dat voor de feiten zoals gesteld in het uitleveringsverzoek voor zover zij in Somalië zouden zijn gepleegd de dubbele vervolgbaarheid ontbreekt. Daarmee is niet voldaan aan de vereisten van artikel 2, lid 3 Uitleveringsverdrag NI-VS. Het uitleveringsverzoek dient dan ook te worden afgewezen.