

LJN: BC7418, Hoge Raad , 07/10063

Datum uitspraak: 08-07-2008

Datum publicatie: 08-07-2008

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Hoofd van de Afghaanse veiligheidsdienst die in 1992 in NL vreemdelingenrechtelijke bescherming heeft gezocht en hier is vervolgd en berecht t.a.v. marteling etc. tijdens de Russische aanwezigheid in Afghanistan in de jaren '80. 1. Rechtsmacht NL rechter. 2. Immuniteit (toenmalig) gezagsdrager. 3. Verjaring. 4. Beschermd persoon i.d.z.v. het Vierde Rode Kruis Verdrag betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (hierna: het Verdrag). 5. Strafbaarheid marteling in een intern gewapend conflict. Ad 1. Vooropgesteld moet worden dat sedert de inwerkingtreding van het Verdrag het handelen in strijd met art. 3 van het Verdrag het in art. 8 WOS omschreven misdrijf oplevert en dat - naar volgt uit de beschikking van de HR LJN ZD0857 - in zodanig geval o.g.v. art. 3 (oud) WOS aan de NL rechter zogenoemde universele rechtsmacht toekomt. Het verweer en het middel steunen op het standpunt dat de NL rechter, die geen primaire rechtsmacht heeft t.z.v. hetgeen onder 3 is tenlastegelegd, te dien aanzien ook geen secundaire - op het universaliteitsprincipe steunende - rechtsmacht toekomt. Dat standpunt is gebaseerd op de opvatting dat het hier gaat om een feit dat is begaan in een gewapend conflict dat t.t.v. de verweten gedragingen (1985-1988) geen internationaal karakter droeg (hierna: intern gewapend conflict), en dat destijds geen - geschreven of ongeschreven - volkenrechtelijk mandaat bestond tot het vestigen van universele rechtsmacht m.b.t. dergelijke feiten, zodat bij gebreke van zodanig mandaat art. 3 (oud) WOS buiten toepassing moet blijven. Art. 94 Gw houdt in dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. In deze bepaling is tot uitdrukking gebracht dat de rechter wettelijke voorschriften dient te toetsen aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, doch dat hij deze niet mag toetsen aan ongeschreven volkenrecht (vgl. HR LJN AB1471). Gelet op het hiervoor overwogene heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat het niet bevoegd was de rechtsmachtregeling van art. 3 (oud) WOS te toetsen aan het ongeschreven volkenrecht. Art. 8 biedt geen grondslag voor het op de genoemde volkenrechtelijke gronden buiten toepassing laten van de rechtsmachtregeling van art. 3 (oud) WOS. Art. 8 Sr houdt weliswaar in dat de toepasselijkheid van de NL rechtsmachtbepalingen wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend, doch bevat niet meer dan een wettelijke erkenning van aan het volkenrecht ontleende immuniteit van jurisdictie. Ad 2. Het middel faalt reeds op de grond dat verdachte noch aan zijn toenmalige hoedanigheid van directeur van de staatsveiligheidsdienst van Afghanistan noch aan die van plaatsvervangend minister van staatsveiligheid immuniteit van jurisdictie toekomt. Ad 3. De opvatting dat art. 10.2 WOS, inhoudende de uitsluiting van de verjaring van o.m. de feiten die strafbaar zijn gesteld in art. 8.3 WOS jo. art. 9 WOS, uitsluitend betrekking heeft op de zeer ernstige oorlogsmisdrijven ("grave breaches"/"infractions graves") die zijn begaan in internationale conflicten en niet op schending van art. 3 van het Verdrag in een intern gewapend conflict, vindt geen steun in de bewoordingen van art. 10.2 WOS noch in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling. Daarbij verdient opmerking dat ook indien zou moeten worden aangenomen dat - naar in de toelichting op het middel wordt gesteld - "in het internationale recht geen steun is te vinden voor de gedachte dat het recht tot strafvervolgning ter zake van een misdrijf als aan verzoeker verweten niet verjaart" die omstandigheid niet eraan in de weg staat dat de nationale wetgever een regeling in het leven roept die voorkomt dat t.a.v. dergelijke misdrijven het recht tot strafvordering verjaart. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat de tll onder 3 is toegesneden op art. 8.3 WOS jo. art. 9 WOS, heeft het Hof het beroep op de verjaring terecht verworpen. Ad 4. 's Hof's oordeel dat uit de bewijsmiddelen 11-16 genoegzaam blijkt dat X moet worden aangemerkt als een beschermd persoon i.d.z.v. het Verdrag, is gelet op de inhoud van die bewijsmiddelen, onjuist noch ontoereikend gemotiveerd. Anders dan in het middel wordt aangevoerd, is van een beschermd persoon i.d.z.v. het Verdrag niet eerst sprake "als de persoon daadwerkelijk is geïncorporeerd in de tegenpartij". Ad 5. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WOS moet worden afgeleid dat de wetgever art. 8 WOS mede in het leven heeft geroepen ter voldoening aan de uit art. 146.3 van het Verdrag voor NL voortvloeiende verplichting tot het nemen van maatregelen die nodig zijn om de met de bepalingen van dat Verdrag strijdige handelingen welke niet vallen onder de in art. 147 omschreven ernstige inbreuken ("grave breaches"/"infractions graves"), waaronder de gedragingen als omschreven in art. 3 van het Verdrag, tegen te gaan. Gelet hierop moet de

strafbaarstelling van de schending van de wetten en gebruiken van de oorlog in art. 8 WOS aldus worden verstaan, dat daaronder mede is begrepen de strafbaarstelling van het handelen in strijd met art. 3 van het Verdrag, waaronder lichamelijke geweldpleging, wrede behandeling en marteling, begaan tegen de daar genoemde personen in een intern gewapend conflict, welke strafbaarstelling van kracht is geworden bij de inwerkingtreding van het Verdrag. In het midden kan dus blijven of, zoals in de toelichting op het middel wordt betoogd, "de internationale 'wetten en gebruiken van de oorlog' in de jaren '80 (...) geen strafbaarstelling voor marteling" kenden.

Uitspraak

8 juli 2008
Strafkamer
nr. 07/10063

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 29 januari 2007, nummer 22/006131-05, in de strafzaak tegen:

[Verdachte 1], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1948, ten tijde van de betekening van de aanzegging gedetineerd in de Penitentiaire Inrichting "Midden Holland, locatie De Geniepoort" te Alphen aan den Rijn.

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage, van 14 oktober 2005 - voor zover aan 's Hofs oordeel onderworpen - de verdachte ter zake van 2 primair "medeplegen van foltering, meermalen gepleegd", 3. "opzettelijk toelaten, dat een aan hem ondergeschikte zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, terwijl het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een of meer personen en het feit zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft" veroordeeld tot twaalf jaren gevangenisstraf.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze hebben mr. A.A. Franken en mr. L. Zegveld, beiden advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De waarnemend Advocaat-Generaal Bleichrodt heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

3. Tenlastelegging en bewezenverklaring

Overeenkomstig hetgeen bij ter terechtzitting in eerste aanleg gewijzigde inleidende dagvaarding onder 2 primair en 3 is tenlastegelegd is ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat hij:

"2. "op tijdstippen in de periode van 1 november 1989 tot en met 31 december 1990 in of nabij de gevangenis Sedarat in Kabul in Afghanistan, tezamen en in vereniging met anderen, als ambtenaar, te weten als ambtenaar bij de (militaire) inlichtingendienst, (de Khad-e-Nezami) (meer in het bijzonder als hoofd/directeur van voornoemde Khad-e-Nezami), in de uitoefening van zijn functie, meermalen, (telkens) (opzettelijk) (zwaar) mishandelend iemand die van zijn vrijheid was beroofd, te weten [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], met het oogmerk om een bekentenis te verkrijgen en/of vrees aan te jagen, terwijl deze gedragingen van dien aard waren dat zij het beoogde doel konden bevorderen, hierin bestaande dat verdachte in het kader van zijn werkzaamheden als ambtenaar bij de Khad-e-Nezami (meer in het bijzonder als hoofd/directeur van voornoemde dienst), tezamen en in vereniging met mededaders, toen en aldaar, telkens met voormelde oogmerken,

- de van zijn vrijheid beroofde [slachtoffer 1], die als militair in gevangenschap verbleef in de gevangenis van Sedarat, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld

- door op tijdstippen in de periode van 1 maart 1990 tot en met 30 juni 1990 te Afghanistan, gedurende veertien dagen, althans enige dagen achtereen [slachtoffer 1] ten dele ontkleed gedurende enkele uren, althans gedurende enige tijd buiten in een vat met (koud) water te zetten, terwijl het buiten koud was en voornoemde [slachtoffer 1] dagen achtereen wakker te houden en/of voornoemde [slachtoffer 1] gedurende deze dagen te verbieden te gaan zitten en/of te gaan liggen en/of tegen een muur te leunen om voornoemde [slachtoffer 1] het slapen te beletten terwijl voornoemde [slachtoffer 1] daarvan (hevige) pijn heeft ondervonden en/of

- door in de periode van 1 maart 1990 tot en met 30 juni 1990 te Afghanistan opzettelijk een toestand van hevige angst bij voornoemde [slachtoffer 1] teweeg te brengen door het (doen) uiten van bedreigingen door het gebruik van bewoordingen als: "Vergeet de humaniteit, jij bent Shanawaz-Gulbuddin, jij wilde onze revolutie tenietdoen" en "Zeg dat jij contacten onderhoudt met Gulbuddin en dat Shanawaz Tanay een aanhanger is van

Gulbuddin, anders zal ik je weer in het water zetten" en "Laat hem wakker blijven zodat hij bekent. Als hij niet gestraft wordt dan gaat hij niet bekennen" en

- de van zijn vrijheid beroofde [slachtoffer 2], die als militair in gevangenschap verbleef in de gevangenis van Sedarat, te Kabul, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld
- door in de periode van 1 november 1989 tot en met 31 december 1990 te Afghanistan voornoemde [slachtoffer 2] in het gezicht te stompen en door eenmaal voornoemde [slachtoffer 2] gedurende enige uren blootsvoets in de sneeuw te laten staan en door meermalen (telkens) voornoemde [slachtoffer 2] dagen achtereen wakker te houden en door meermalen electriciteitsdraden te bevestigen aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2] en (vervolgens) voornoemde electriciteitsdraden stroom toe te dienen aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2], terwijl voornoemde [slachtoffer 2] daarvan (hevige) pijn heeft ondervonden."

3. "Leden van de militaire inlichtingendienst, de Khad-e-Nezami in Afghanistan, (allen) werkzaam voor en ondergeschikt aan de hierna te noemen verdachte [verdachte 1], op tijdstippen in de periode van 1 oktober 1985 tot en met 31 december 1988 te Kabul, in Afghanistan, tezamen en in vereniging (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog hebben geschonden, terwijl dat feit zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft gehad of terwijl die feiten (telkens) geweldpleging met verenigde krachten tegen een persoon inhielden, hierin bestaande dat voornoemde leden van de militaire inlichtingendienst toen en aldaar in strijd met het bepaalde in het "gemeenschappelijk" artikel 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, als leden van de (militaire) inlichtingendienst (Khad-e-Nezami) van Afghanistan, behorende tot één van de strijdende partijen in een (niet-internationaal) gewapend conflict op het grondgebied van Afghanistan, (meermalen) lichamelijke geweldpleging, en wrede (onmenselijke) behandeling en marteling hebben gepleegd ten aanzien van een persoon die (toen en aldaar) niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnam (te weten een burger), te weten [slachtoffer 3], welke lichamelijke geweldpleging, en wrede (onmenselijke) behandeling en marteling onder meer hierin bestonden dat genoemde leden, tezamen en in vereniging

- op tijdstippen in of omstreeks de periode van 1 december 1985 tot en met 1 februari 1986 in (of nabij) het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul,
- meermalen, althans eenmaal, [slachtoffer 3] tegen het scheenbeen hebben geschopt en tegen het lichaam hebben geschopt en geslagen en
- eenmaal voornoemde [slachtoffer 3] dagen achtereen wakker hebben gehouden en voornoemde [slachtoffer 3] gedurende deze dagen gedwongen hebben om buiten te blijven staan terwijl het buiten koud was en
- vingers van voornoemde [slachtoffer 3] met kracht tussen een deur en het bij die deur behorende kozijn hebben gebracht en gehouden, en (vervolgens) met kracht voornoemde deur hebben dichtgegooid terwijl vingers van voornoemde [slachtoffer 3] nog tussen voornoemde deur en voornoemd kozijn zaten en zonder verdoving een gedeelte van een vinger van voornoemde [slachtoffer 3] hebben afgeknipt, tengevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 3] pijn en (zwaar) lichamelijk letsel heeft ondervonden ten aanzien van welke (vorenomschreven) lichamelijke geweldplegingen, waarvan één zwaar lichamelijk letsel, tengevolge hebbende, hij, verdachte [verdachte 1] op tijdstippen in of omstreeks de periode 1 oktober 1985 tot en met 31 december 1988 in Afghanistan, opzettelijk heeft toegelaten dat aan hem, verdachte onderschikten deze hebben begaan, te weten dat hij, verdachte geen en/of onvoldoende maatregelen heeft genomen om deze lichamelijke geweldplegingen en zwaar lichamelijk letsel, te voorkomen en de ondergeschikten/verantwoordelijken te bestraffen."

4. Juridisch kader

- Het Wetboek van Strafrecht, luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Art. 8:

"De toepasselijkheid van de art. 2-7 wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend."

Art. 91:

"De bepalingen van (...) dit Boek zijn ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt."

- De Wet Oorlogsstrafrecht (hierna: WOS) luidde ten tijde van de tenlastegelegde feiten, voor zover hier van belang, als volgt:

Art. 1 (oud):

"1. De bepalingen van deze wet zijn van toepassing op de misdrijven, in geval van oorlog begaan of eerst in geval van oorlog strafbaar, welke zijn omschreven in:

1° een der Titels I en II van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht;

2° het Wetboek van Militair Strafrecht;

3° de artikelen 4-9 van deze wet;

4° de artikelen 1 en 2 van de Uitvoeringswet genocideverdrag;

5° de artikelen 131-134bis, 189 en 416-417bis van het Wetboek van Strafrecht, indien het strafbare feit of het misdrijf, waarvan in die artikelen gesproken wordt, is een misdrijf als in dit artikel bedoeld.

2. In geval van een gewapend conflict, dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale orde en veiligheid, zijn de artikelen 4-9 van overeenkomstige toepassing en kunnen Wij bij algemene maatregel van bestuur bepalen, dat de overige bepalingen van deze wet geheel of ten dele van toepassing zullen zijn.

3. Onder oorlog wordt begrepen burgeroorlog."

Art. 3:

"Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:

1°. op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9;

(...)."

Art. 8:

"1. Hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

(...)

3. Levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd:

1°. indien het feit de dood of zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft dan wel verkrachting inhoudt;

2°. indien het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een of meer personen dan wel geweldpleging tegen een dode, zieke of gewonde;

(...)."

Art. 9:

"Met gelijke straf als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten wordt gestraft hij die opzettelijk toelaat, dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat."

Art. 10, tweede lid:

"Ten aanzien van de feiten, bedoeld in artikel 8, tweede en derde lid, en de in artikel 9 omschreven feiten, voor zover die met de eerstgenoemde verband houden, zijn de artikelen 70 en 76 van het Wetboek van Strafrecht (...) niet van toepassing."

- Het op 12 augustus 1949 te Genève tot stand gekomen, zogenoemde Vierde Rode Kruis Verdrag betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (Trb. 1951, 75; hierna: het Verdrag) luidt - in de Nederlandse vertaling - voor zover hier van belang, als volgt:

Art. 3, eerste lid:

"In geval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt, is ieder der Partijen bij het conflict gehouden ten minste de volgende bepalingen toe te passen:

1. Personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen, met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft nedergelegd, en zij die buiten gevecht zijn gesteld door ziekte, verwonding, gevangenschap of enige andere oorzaak, moeten onder alle omstandigheden menslievend worden behandeld, zonder enig voor hen nadelig onderscheid, gegrond op ras, huidkleur, godsdienst of geloof, geslacht, geboorte of maatschappelijke welstand of enig ander soortgelijk criterium.

Te dien einde zijn en blijven te allen tijde en overal ten aanzien van bovengenoemde personen verboden:

a. aanslag op het leven en lichamelijke geweldpleging, in het bijzonder het doden op welke wijze ook, verminking, wrede behandeling en marteling;

(...)."

Art. 4:

"1. Dit Verdrag beschermt personen die, op welk tijdstip en op welke wijze ook, in geval van een conflict of bezetting, zich in de macht bevinden van een Partij bij het conflict of van een bezettende Mogendheid, van welke zij geen onderdanen zijn.

2. Onderdanen van een Staat die niet gebonden is door het Verdrag, worden hierdoor niet beschermd.

Onderdanen van een onzijdige Staat, die zich bevinden op het grondgebied van een oorlogvoerende Staat, en onderdanen van een medeoorlogvoerende Staat worden niet als beschermde personen beschouwd zolang de Staat van welke zij onderdanen zijn, een normale diplomatieke vertegenwoordiging heeft bij de Staat in wiens macht zij zich bevinden.

3. Echter bestrijken de bepalingen van Titel II, wat haar toepassing betreft, een ruimer terrein, zoals omschreven in artikel 13.

4. Personen, beschermd door het Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, van 12 Augustus 1949, of door het Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee, van 12 Augustus 1949, of door het Verdrag van Genève betreffende de behandeling van krijgsgevangenen, van 12 Augustus 1949, worden niet beschouwd als beschermde personen in de zin van dit Verdrag."

Art. 146:

"1. De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich alle benodigde wettelijke regelingen tot stand te brengen,

nodig om doeltreffende strafbepalingen vast te stellen voor personen die één der ernstige inbreuken op dit Verdrag, omschreven in het volgende artikel, hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan hebben gegeven.

2. Iedere Hoge Verdragsluitende Partij is verplicht personen die ervan verdacht worden één van deze ernstige inbreuken te hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan te hebben gegeven, op te sporen en moet hen, ongeacht hun nationaliteit, voor haar eigen gerechten brengen. Zij kan hen ook, indien zij daaraan de voorkeur geeft, en overeenkomstig de bepalingen van haar eigen wetgeving, ter berechting overleveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende Hoge Verdragsluitende Partij, mits deze Verdragsluitende Partij een met voldoende bewijzen gestaafde telastlegging welke een vervolging rechtvaardigt, tegen de betrokken personen inbrengt.

3. Iedere Hoge Verdragsluitende Partij zal maatregelen nemen, nodig om de met de bepalingen van dit Verdrag strijdige handelingen welke niet vallen onder de in het volgende artikel omschreven ernstige inbreuken, tegen te gaan.

(...)."

Art. 147:

"De ernstige inbreuken, bedoeld in het voorgaand artikel, zijn die welke één der volgende handelingen in zich sluiten, indien deze worden gepleegd tegen door het Verdrag beschermde personen of goederen: opzettelijke levensberoving, marteling of onmenselijke behandeling, waaronder begrepen biologische proefnemingen, het moedwillig veroorzaken van hevig lijden, van ernstig lichamelijke letsel, dan wel van ernstige schade aan de gezondheid, onrechtmatige deportatie of overbrenging, onrechtmatige gevangenhouding, een beschermd persoon te dwingen om te dienen bij de strijdkrachten van de vijandelijke Mogendheid, of opzettelijk een beschermd persoon het recht te onthouden op een regelmatige en onpartijdige berechting overeenkomstig de bepalingen van dit Verdrag, het nemen van gijzelaars, vernieling en toe-eigening van goederen, niet gerechtvaardigd door militaire noodzaak en uitgevoerd op grote schaal en op onrechtmatige en moedwillige wijze."

- Het Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten (Protocol II) luidt - in de Nederlandse vertaling - voor zover hier van belang, als volgt:

Art. 1:

"1. Dit Protocol, dat de gemeenschappelijke artikelen 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 uitbreidt en aanvult, zonder wijziging aan te brengen in de omstandigheden waaronder deze artikelen thans worden toegepast, is van toepassing op alle gewapende conflicten, waarop artikel 1 van het Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Protocol I) niet van toepassing is, en die plaatsvinden op het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij tussen de strijdkrachten van die Partij en dissidente strijdkrachten of andere georganiseerde gewapende groepen die, staande onder een verantwoordelijk bevel, het grondgebied van die partij gedeeltelijk beheersen op een zodanige wijze dat zij in staat zijn aanhoudende en samenhangende militaire operaties uit te voeren en de bepalingen van dit Protocol toe te passen.

2. Dit Protocol is niet van toepassing op situaties van interne ongeregelde heden en spanningen, zoals rellen, op zichzelf staande en sporadisch voorkomende daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, die niet zijn te beschouwen als gewapende conflicten."

Art. 4:

"1. Allen die niet rechtstreeks deelnemen of niet meer deelnemen aan de vijandelijkheden maken ongeacht of hun vrijheid is beperkt of niet, aanspraak op eerbiediging van hun persoon, eer, overtuigingen en het uitoefenen van hun godsdienst. Zij moeten onder alle omstandigheden menselijk worden behandeld, zonder enig nadelig onderscheid. Het is verboden het bevel te geven dat niemand mag overleven.

2. Onverminderd het algemene karakter van de voorgaande bepalingen zijn en blijven de volgende daden, gericht tegen de in het eerste lid bedoelde personen, te allen tijde en op iedere plaats verboden:

(a) geweld, gericht tegen het leven, de gezondheid en het lichamelijke of geestelijke welzijn van personen, in het bijzonder moord, evenals wrede behandeling zoals marteling, verminking of lijfstraffen in wat voor vorm dan ook;

(...)."

5. Beslissing op gevoerde verweren

Het bestreden arrest houdt onder het hoofd "bespreking van de internationaal (straf)rechtelijke verweren" het volgende in:

"5.1. De verdediging heeft een aantal verweren gevoerd die (deels) als gemeenschappelijk kenmerk hebben: de volkenrechtelijke aspecten van de vervolging van de verdachte en het 'bereik' van de artikelen 3 en 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS). Deze verweren, die alle uitgebreid in de pleitnota zijn beargumenteerd, vat het hof - zeer kort (en in andere volgorde weergegeven)- als volgt samen.

a. de Nederlandse strafwet ontbeert in de onderhavige zaak (universele) rechtsmacht indien het in de tenlastegelegde periode zou gaan om een niet-internationaal gewapend conflict, waarop 'slechts' het gemeenschappelijke artikel 3 van de Geneefse verdragen van toepassing is. Deze verdragen (of andere

volkenrechtelijke voorschriften) voorzien niet in universele strafrechtsmacht ten aanzien van schendingen van die artikelen; vestiging van zodanige rechtsmacht behoeft een volkenrechtelijke machtiging die ook niet in het ongeschreven volkenrecht kan worden gevonden, zoals ook het Joegoslavië Tribunaal (ICTY) in zijn Tadic-beslissing van 2 oktober 1995 stelt. In de visie van de verdediging ging het in Afghanistan destijds, althans voor zover voor de tenlastegelegde gedragingen van belang, om een niet-internationaal gewapend conflict. Daarom dient het openbaar ministerie, dat zijn vervolgingsbevoegdheid in strijd met het volkenrecht uitoefent, in die vervolging niet-ontvankelijk te worden verklaard;

b. de WOS heeft (althans had in de jaren tachtig) géén betrekking op schending van de normen die in het gemeenschappelijke artikel 3 zijn neergelegd. Daarom strekt de opheffing van de verjaring die bij wet van 8 april 1971 (Stb. 210) in artikel 10 van de WOS werd neergelegd zich (uitgaande van een niet-internationaal gewapend conflict) niet uit tot het verwijt dat de verdachte (in feit 3) ten aanzien van het gestelde slachtoffer [slachtoffer 3] wordt gemaakt. De internationale rechtsovertuiging die tot deze wetwijziging aanleiding gaf, heeft slechts betrekking op de zeer ernstige oorlogsmisdrijven, de 'grave breaches' in de Geneefse verdragen. Het aan de verdachte onder 3. verweten feit is derhalve verjaard. Ook daarom dient het openbaar ministerie in deze strafvolgving niet-ontvankelijk te worden verklaard;

c. dit gestelde slachtoffer kan bovendien niet worden aangemerkt als 'beschermd persoon' in de zin van de Geneefse verdragen. Zulks dient ertoe te leiden dat de verdachte voor dit feit van alle rechtsvervolgving wordt ontslagen;

d. gelet op het onder b) gestelde kan de strafbaarheid van de verdachte voor de tenlastegelegde marteling, uitgaande van een niet-internationaal gewapend conflict niet op het gemeenschappelijke artikel 3, noch op artikel 8 van de WOS worden gebaseerd. De wetgever heeft in deze wet slechts aan de 'grave-breaches'-verplichting onder de Geneefse verdragen willen voldoen. De strafbaarheid van handelen dient beoordeeld te worden naar het recht van de plaats delict; toepassing van de Nederlandse wet op handelen in Afghanistan is in strijd met het legaliteitsbeginsel. Ook dit dient ertoe te leiden dat de verdachte voor dit feit van alle rechtsvervolgving wordt ontslagen;

e. ten onrechte zijn in feit 3 de aard van het conflict en de beschermde status van het gestelde slachtoffer niet opgenomen en (feitelijk) onderbouwd. De gebruikte wijze van tenlasteleggen zou in de praktijk van het ICTY niet worden geaccepteerd, zij dient tot nietigverklaring van de dagvaarding te leiden.

5.2. Het hof zal, voordat het de specifieke verweren bespreekt, zijn inzichten verwoorden met betrekking tot de algemene aspecten van de vervolging van de verdachte en het toepasselijke recht.

5.2.1 De verdachte worden gedragingen verweten die hij in de jaren tachtig en 1990 in Kabul in Afghanistan zou hebben verricht als hoge Afgaanse militair die met de leiding van de militaire inlichtingendienst was belast. Zijn handelen heeft -kort aangeduid- betrekking op deelneming aan, dan wel (toelaten van) martelen (, dan wel folteren¹) van een aantal Afgaanse onderdanen die in de macht van deze dienst waren. Tegen hem is een vervolging ingesteld nadat hij als asielzoeker zijn toevlucht in Nederland had gezocht en onder de aandacht van de Nederlandse justitie was gekomen.

Hierop gelet kan worden vastgesteld dat de grondslag voor de strafvervolgving in de onderhavige zaak níét ligt in een territorialiteits-, nationaliteits- of beschermingsbeginsel, maar in het (secundaire) universaliteitsbeginsel. Ook het hof onderkent dat die rechtsmacht, ook in zijn secundaire vorm, door de Nederlandse wetgever met aanzienlijke terughoudendheid wordt toegepast en vragen van volkenrechtelijke legitimatie doet rijzen, omdat zij de soevereiniteit van de territoriale staat beïnvloedt.

5.2.2 Het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt valt in de visie van het openbaar ministerie onder het bereik van de Geneefse verdragen van 12 augustus 1949. Deze verdragen en de daarin vervatten normen hebben primair betrekking op de oorlog als internationaal gewapend conflict; sommige van die normen worden (bijvoorbeeld in artikel 147 van het Vierde verdrag²) als 'ernstige inbreuken', 'grave breaches' aangemerkt. De verdragen formuleren in het gemeenschappelijke artikel 3 echter ook (minimum)normen ten aanzien van de (menswaardige) bejegening van "personen, die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen" in geval van een niet-internationaal gewapend conflict. Het hof stelt vast dat deze normen door het Internationaal Gerechtshof (ICJ) in zijn beslissing van 27 juni 1986 inzake Nicaragua vs USA (§ 218, 219; met verwijzing naar een eerdere beslissing uit 1949) worden omschreven als "minimum yardstick; they ... reflect elementary considerations of humanity". En: "the minimum rules applicable to international and non-international conflicts are identical. ... The relevant principles are to be looked for in the provisions of Article 3 of each of the four Conventions." In de onderhavige zaak gaat het om (deelneming aan, dan wel toelaten van) martelen, dat zowel in artikel 3, aanhef en sub 1 onder a, als in artikel 147 (Vierde verdrag) met zoveel woorden wordt genoemd. Een en ander leidt ertoe dat de verweten gedragingen aldus als grove schending van de materiële normen van het internationale humanitaire recht in internationaal én niet-internationaal gewapend conflict moeten worden aangemerkt (zij het dat in het laatste geval verdragstechnisch niet van 'ernstige inbreuken' kan worden gesproken). In zoverre is er - ook in de visie van de verdediging - geen verschil al naar gelang de aard van het conflict.

5.2.3 Met betrekking tot de verplichtingen van de verdragspartijen om de materiële normen van het internationaal humanitair recht te handhaven maken de verdragen wél onderscheid.

Artikel 146 van het Vierde verdrag luidt als volgt:

[1.] De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich alle benodigde wettelijke regelingen tot stand te brengen, nodig om doeltreffende strafbepalingen vast te stellen voor personen die één der ernstige inbreuken op dit Verdrag, omschreven in het volgende artikel, hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan hebben gegeven.

[2.] Iedere Hoge Verdragsluitende Partij is verplicht personen die ervan verdacht worden één van deze ernstige inbreuken te hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan te hebben gegeven, op te sporen en moet hen, ongeacht hun nationaliteit, voor haar eigen gerechten brengen. Zij kan hen ook, indien zij daaraan de voorkeur geeft, en overeenkomstig de bepalingen van haar eigen wetgeving, ter berechting overleveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende Hoge Verdragsluitende Partij, mits deze Verdragsluitende Partij een met voldoende bewijzen gestaafde telastlegging welke een vervolging rechtvaardigt, tegen de betrokken personen inbrengt.

[3.] Iedere Hoge Verdragsluitende Partij zal maatregelen nemen, nodig om de met de bepalingen van dit Verdrag strijdige handelingen welke niet vallen onder de in het volgende artikel omschreven ernstige inbreuken, tegen te gaan.

[4.] ...

Het hof verstaat deze bepaling aldus dat de eerste twee leden van dit artikel de verplichting tot strafbaarstelling, evenals tot opsporing en berechting ongeacht de nationaliteit opleggen in geval van 'ernstige inbreuken', maar dat ten aanzien van andere schendingen (zoals in geval van artikel 3) 'slechts' de verplichting bestaat deze tegen te gaan, zonder dat de wijze waarop dat moet gebeuren, wordt voorgeschreven. Op zichzelf laat de verdragstekst de mogelijkheid open dat ook in laatstbedoeld geval het strafrecht tot handhaving wordt ingezet. De vraag of een staat daartoe gerechtigd is lijkt op zichzelf zonder meer bevestigend te beantwoorden, waar het eigen territorium, eigen onderdanen als daders of slachtoffers betreft. Maar in de onderhavige zaak gaat het om secundair uitgeoefende universele rechtsmacht.

De verdediging heeft aangevoerd en met vele bronnen onderbouwd dat de Nederlandse strafwet-volkenrechtelijk bezien - niet zo ver vermag te reiken. Daar staat tweeërlei tegenover. Enerzijds kan worden vastgesteld dat de Nederlandse wetgever in 1987 in de parlementaire geschiedenis van de Uitvoeringswet folteringverdrag (UFV) de toepasselijkheid van het (overigens door de Hoge Raad enigszins restrictiever uitgelegde) universaliteitsbeginsel mede baseerde op "de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, ..., zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers"³. Die situatie doet zich in de onderhavige zaak voor en zou niet zonder meer kunnen worden 'opgelost' door de verdachte naar zijn land van herkomst (en plaats delict) over te dragen aangezien dat mogelijkerwijs op gespannen voet zou kunnen komen te staan met in het EVRM gewaarborgde absolute rechten. Anderzijds omdat de wetgever - in ieder geval naar de letter - in artikel 3, aanhef en onder 1° van de WOS die rechtsmacht voor de in de artikelen 8 en 9 van die wet omschreven (oorlogs) misdrijven ongeclausuleerd heeft neergelegd. Dit artikel (gedeelte) luidt:

Onverminderd het de dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:

1° op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9;

5.3. Met betrekking tot de aard van het conflict is het hof, met de rechtbank, de verdediging en (meer impliciet) het openbaar ministerie, van oordeel dat de strijd in Afghanistan in de jaren tachtig van de vorige eeuw primair een niet-internationaal gewapend conflict betrof en wel tussen het regiem in Kabul en de 'Mujahedin' die daartegen - ook gewapend - in opstand kwamen. Weliswaar werd dit regiem mede door Russische adviseurs en legeronderdelen (die ook aan gevechten deelnamen) ondersteund, maar doet naar 's hofs oordeel aan het primair niet-internationale karakter van de strijd geen afbreuk. Een internationaal gewapend conflict wordt immers allereerst daardoor gekenmerkt dat het conflict zich tussen soevereine staten voordoet; het hof verwijst naar artikel 2 van het Vierde Geneefse verdrag. Daarvan was geen sprake zoals ook blijkt uit de tot het bewijs gebezigde verklaringen en de rapporten van de getuige-deskundige Giustozzi.

5.4. Tegen deze achtergrond overweegt het hof met betrekking tot de specifieke verweren het navolgende.

5.4.1 Hetgeen hiervoor ten aanzien van artikel 3 WOS naar voren werd gebracht betreft de vraag of deze wetsbepaling in overeenstemming is met het volkenrecht.

Aan de beantwoording van die vraag dient echter de vraag vooraf te gaan of de Nederlandse rechter, gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende macht en overige staatsorganen, zoals neergelegd in artikel 94 van de Grondwet (GW), wel bevoegd is zich over die vraag uit te spreken. Artikel 94 GW luidt:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Deze bepaling doet de vraag rijzen óf de rechter wel bevoegd is in het onderhavige geval artikel 3 WOS buiten toepassing te laten. Daarnaast rijst de vraag of er in de (parlementaire) geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3 WOS zelf aanknopingspunten zijn voor een - ten opzichte van zijn duidelijke bewoordingen - restrictieve uitleg van dat wetsartikel, met als conclusie dat dit artikel in het onderhavige geval niet voorziet in secundaire universele rechtsmacht, zoals door de verdediging wordt betoogd.

5.4.2 Naar breed lijkt te zijn aanvaard, staat artikel 94 GW de rechter niet toe wetten te toetsen aan ongeschreven volkenrecht. Deze door de Hoge Raad in zijn Nyugat II arrest van 6 maart 1959 NJ 1962.2 neergelegde rechtsopvatting heeft (mede) ten grondslag gelegen aan de Grondwetsherziening van 1983 en komt ook (a contrario) in de tekst van dit grondwetsartikel tot uitdrukking. In de visie van het hof kan aan de bepalingen van de Geneefse verdragen géén, althans geen voldoende expliciet argument worden ontleend dat duidelijk maakt dat artikel 3 WOS in strijd met daar geschreven volkenrecht is. De verdediging heeft weliswaar gewezen op een algemene volkenrechtelijke regel dat universele rechtsmacht slechts mag worden uitgeoefend voor zover het volkenrecht daartoe machtigt en betoogd dat een dergelijke machtiging ten aanzien van schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 (bij niet-internationaal gewapende conflicten) niet in de Geneefse verdragen kan worden gevonden; de raadvrouw heeft desgevraagd echter beaamd dat een dergelijke volkenrechtelijke regel niet in enige geschreven verdragsbepaling te vinden is.

Bij die stand van zaken acht het hof zich niet bevoegd artikel 3 WOS aan - kennelijk ongeschreven - volkenrecht te toetsen. Ook het openbaar ministerie is in zijn vervolgingsbeslissing gebonden aan artikel 94 GW; reeds daarom kan de klacht dat het openbaar ministerie zijn vervolgingsbevoegdheid in strijd met het volkenrecht uitoefent, geen snijden.

De verdediging heeft bij dupliek nog aangevoerd dat ingevolge artikel 8 Wetboek van Strafrecht (Sr) de toepasselijkheid van de regeling van de rechtsmacht in de artikelen 2 tot en met 7 "wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend" en dat artikel 8 ingevolge artikel 91 Sr óók voor de WOS geldt. Nog daargelaten de vraag op welke volkenrechtelijke uitzonderingen dit artikel ziet (in de visie van het hof: de immuniteit) en nog daargelaten welke betekenis in dit verband aan de aanhef van artikel 3 WOS moet worden toegekend, is het hof van oordeel dat artikel 8 Sr bij de uitleg van artikel 3 WOS de Grondwet niet opzij mag zetten.

5.4.3 Het hof wijst er tegen de achtergrond van het hiervoor geconstateerde verbod op toetsing ten overvloede op dat blijkens de Memorie van toelichting (zie noot 3, p. 4) van de UFV de wetgever in 1987 kennelijk al van oordeel was dat "foltering in geval van intern of internationaal gewapend conflict begaan een schending van de wetten van de oorlog op(levert), ... strafbaar gesteld in artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht". De regeling van de strafbaarheid (en van de rechtsmacht) van foltering in de WOS betrof in zijn visie dus óók de schending van het gemeenschappelijke artikel 3. Deze regeling lijkt betrekkelijk vergaand; zo stelt de (toenmalige) AG Van Dorst in zijn conclusie (§ 10) voorafgaand aan de beschikking van de Hoge Raad van 11 november 1997 NJ 1998.463 (Knesevic II) dat ons land een uitzonderlijke positie inneemt door niet alleen de 'grave breaches', maar ook de minder ernstige schendingen strafbaar te stellen, met universele rechtsmacht. Steun voor het vestigen van secundaire universele rechtsmacht (dus geen berechting bij verstek) valt echter te vinden in de ontwikkeling van het verdragsrecht na de Tweede Wereldoorlog, zoals deze wordt weergegeven in afzonderlijke standpunten van rechters bij de beslissing van het ICJ van 14 februari 2002 in de zaak Yerodia (Congo vs België). Het ICJ zelf kwam, in verband met de ultra petita-regel, niet toe aan de beantwoording van de vraag naar de volkenrechtelijke legitimiteit van de door België uitgeoefende (onbeperkt) universele rechtsmacht 'in absentia'.

5.4.4 Het hof stelt bovendien met betrekking tot de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet oorlogsstrafrecht vast dat, zoals de Hoge Raad in zijn Knesevic II-beschikking analyseerde, de wetgever destijds ten volle aan de verdragsverplichting van de Geneefse verdragen wilde voldoen. Daarbij is - dat kan de verdediging worden toegegeven - vooral gedacht aan de verplichting om de 'ernstige inbreuken' strafbaar te stellen, hetgeen tegen de achtergrond van het toen nog zeer recente mondiale conflict ook niet kan verbazen. Uit de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel (pp. 2247 en 2251) blijkt echter dat (toen ook al) de mogelijkheid werd open gehouden dat misdrijven gepleegd in een niet-internationaal gewapend conflict (het ging om de staatsgreep in Bolivia) hier te lande zouden worden aangepakt. Wat hiervan zij: het hof leidt uit de navolgende rechtsoverwegingen in de laatstgenoemde beschikking van de Hoge Raad af dat het ervoor gehouden moet worden dat ook in geval van schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 rechtsmacht bestaat:

6.1. Het Hof is in de bestreden beschikking klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat de in de [...] bedoelde vordering omschreven en nader gepreciseerde feiten, indien bewezen, handelen in strijd met het gemeenschappelijke art. 3 van de Rode Kruis Verdragen van Genève van 1949 en uit dien hoofde het in art. 8 WOS omschreven misdrijf opleveren. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden, zodat daarvan bij de beoordeling van het middel eveneens moet worden uitgegaan.

6.2. Het middel strekt kennelijk ten betoge dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

6.3. Gelet op hetgeen hiervoor onder 5.3 is overwogen moet art. 1 WOS aldus worden opgevat dat op misdrijven als omschreven in de artikelen 8 en 9 de desbetreffende bepalingen van die wet, waaronder art. 3 aanhef en onder 1^o en de artikelen 10, 10a en 11, steeds van toepassing zijn, zonder de in het eerste, het tweede onderscheidenlijk het derde lid van dat art. 1 gestelde beperkingen.

6.4. Het Hof heeft mitsdien terecht geoordeeld dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

Het hof onderkent dat de in de beschikking bedoelde vordering betrekking had op feiten die in 1992 in het voormalig Joegoslavië zouden zijn begaan, maar ziet in de overwegingen van de Hoge Raad geen enkel aanknopingspunt voor de (veronder)stelling dat deze rechtsmachtsoverwegingen niet óók ten aanzien van feiten

van 10 à 15 jaar daarvoor, waarvan in de onderhavige zaak sprake is, zouden gelden.

Het vorenstaande leidt ertoe dat het onder a) weergegeven verweer met betrekking tot het ontbreken van rechtsmacht dient te worden verworpen. Het hof onderstreept nogmaals dat het - mede gelet op het adagium 'aut dedere aut punire' - in de onderhavige zaak om de uitoefening van secundaire universele rechtsmacht gaat. En het belang van de aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied van de vervolgende staat wordt ook in de Memorie van toelichting bij de Wet internationale misdrijven⁴ onderstreept.

5.4.5 Ook de stelling onder b) dat de WOS (destijds) geen betrekking had op schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 van de Geneefse verdragen en dat de opheffing van de verjaring voor dergelijke delicten niet geldt, moet op dezelfde gronden worden verworpen.

5.4.6 Een zelfde lot dient het onder d) bedoelde verweer te treffen. Indien er geen gronden zijn om het werkbereik van de Wet oorlogsstrafrecht te beperken, geldt dat niet alleen voor de rechtsmacht, maar ook voor de individuele strafbaarstelling in artikel 8 WOS van oorlogsmisdrijven, ook in geval van niet-internationaal gewapend conflict. Gelet op het feit dat de verweten gedragingen als grove schending van de materiële normen van het internationale humanitaire recht moeten worden aangemerkt (zie hierboven § 5.2.2) en strafrechtsmacht zinloos zou zijn indien zij niet door individuele strafbaarstelling tot gelding zou kunnen komen, ziet het hof geen enkele grond om de in artikel 8 WOS neergelegde delictomschrijving en sanctienorm niet ook op de verdachte - voor door hem in een niet-internationaal gewapend conflict in Afghanistan begane misdrijven - van toepassing te achten. Het hof sluit zich aan bij de procureur-generaal bij de Hoge Raad en de advocaat-generaal Keijzer in de vordering tot cassatie in het belang der wet die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2001 (AB1471, inzake Bouterse). Deze concludeert (§ 26) onder meer:

"Bij de Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1975) [Aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties bij Resolutie 3452 (XXX), 9 december 1975] heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties niet alleen uitgesproken dat foltering in strijd is met de menselijke waardigheid en met de rechten van de mens, maar ook dat volgens het recht van iedere staat foltering strafbaar dient te zijn, en dat gevallen van foltering strafrechtelijk dienen te worden vervolgd."

Dat de verdachte aan het einde van de jaren tachtig geen rekening hoefde te houden met wat de Nederlandse Wet oorlogsstrafrecht over handelen stelt dat in het internationale recht niet strafbaar is gesteld en dat de toepassing van de WOS in zijn geval strijd met het legaliteitsbeginsel oplevert, is een verweer dat de verdachte in het licht van het voorgaande niet toekomt.

5.4.7 Met betrekking tot de stelling van de verdediging onder e) dat de dagvaarding van feit 3 nietig verklaard moet worden omdat in de tenlastelegging de aard van het conflict en de beschermde status van het gestelde slachtoffer niet opgenomen en (feitelijk) onderbouwd zijn, overweegt het hof het navolgende.

De gestelde eis kan niet aan de delictomschrijving van artikel 8 jo 9 WOS worden ontleend, aangezien deze 'slechts' de "schending van de wetten en gebruiken van de oorlog" strafbaar stelt. Wat die wetten en gebruiken van de oorlog inhouden blijkt (onder meer) uit de Geneefse verdragen. Zoals hierboven onder 5.2.2 aangegeven gaat het in de onderhavige zaak om een verwijt dat een materiële norm betreft die geldt onafhankelijk van de aard van het conflict. De gegispte tenlastelegging wijst - in zijn verwijzing naar de desbetreffende verdragsbepalingen - beide typen conflict aan. Hoewel niet op voorhand uit te sluiten valt dat een expliciet alternatieve tenlastelegging nog grotere duidelijkheid zou verschaffen, vermag het hof niet in te zien dat de tenlastelegging op dit punt tekort schiet. Op geen enkele wijze is aannemelijk geworden dat de verdachte door de wijze van tenlasteleggen is belemmerd in (de voorbereiding van) zijn verdediging.

Met betrekking tot de beschermde personen is hun omschrijving in het gemeenschappelijke artikel 3 in de tenlastelegging opgenomen in de passage over personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnamen (te weten burgers of personeel van strijdkrachten dat de wapens had neergelegd of zij die buiten gevecht waren gesteld); bovendien worden de in die artikelen expliciet genoemde verboden gedragingen feitelijk omschreven, waarbij ook de voor de strafrechtelijke kwalificatie overeenkomstig artikel 8 WOS relevante omstandigheden zijn vermeld.

In geval van een internationaal gewapend conflict spreekt artikel 147 van het Vierde Geneefse verdrag slechts over feiten "gepleegd tegen door het verdrag beschermde personen". In dat verdrag worden de beschermde personen in artikel 4 omschreven:

"personen die, ..., in geval van een conflict of bezetting, zich in de macht bevinden van een Partij bij het conflict of van een bezettende Mogendheid, van welke zij geen onderdanen zijn".

Het hof constateert - met de verdediging - dat deze omschrijving in de tenlastelegging ontbreekt. Aangezien het hof het conflict als niet-internationaal heeft aangemerkt, kan onderzoek naar de mogelijke consequenties die het ontbreken van deze aanduiding zou moeten hebben, achterwege blijven. Ook hiervoor geldt dat op geen enkele wijze aannemelijk is geworden dat de verdachte door deze wijze van tenlasteleggen is belemmerd in (de voorbereiding van) zijn verdediging.

5.4.8 Het hof is voorts van oordeel dat, anders dan door de verdediging hierboven onder c) is gesteld, het slachtoffer [slachtoffer 3] als "beschermde persoon" in de zin van de Geneefse verdragen moet worden aangemerkt, hetgeen genoegzaam blijkt uit de bewijsmiddelen. Daarbij zij met name verwezen naar de aan te hechten bewijsmiddelen 11 tot en met 16.

Voetnoten:

- (1) Het hof gaat in het navolgende voorbij aan het (juridische) onderscheid dat naar Nederlands recht tussen deze beide gedragingen moet worden gemaakt.
- (2) Het hof beperkt zich in zijn verwijzingen naar de Geneefse verdragen tot het Vierde verdrag, betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd. Het hof laat daarbij in het midden of dit verdrag eerder toepassing verdient dan het eerste (voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken bij de strijdkrachten te velde) of het derde verdrag (betreffende de behandeling van krijgsgevangenen).
- (3) TK 1986-1987, 20 042, nr 3, p. 6.
- (4) TK 2001-2002, 28 337, nr. 3 p. 17/18."

6. Beoordeling van het eerste middel

6.1. Het middel klaagt over de verwerping van het verweer dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft ten aanzien het onder 3 tenlastegelegde.

6.2. Vooropgesteld moet worden dat sedert de inwerkingtreding van het Verdrag het handelen in strijd met art. 3 van het Verdrag het in art. 8 WOS omschreven misdrijf oplevert en dat - naar volgt uit de beschikking van de Hoge Raad van 11 november 1997, LJN ZD0857, NJ 1998, 463 - in zodanig geval op grond van art. 3 (oud) WOS aan de Nederlandse rechter zogenoemde universele rechtsmacht toekomt.

6.3. Het verweer en het middel steunen naar de kern bezien op het standpunt dat de Nederlandse rechter, die geen primaire rechtsmacht heeft ter zake van hetgeen onder 3 is tenlastegelegd, te dien aanzien ook geen secundaire - op het universaliteitsprincipe steunende - rechtsmacht toekomt. Dat standpunt is gebaseerd op de opvatting dat het hier gaat om een feit dat is begaan in een gewapend conflict dat ten tijde van de verweten gedragingen (1985-1988) geen internationaal karakter droeg (hierna: intern gewapend conflict), en dat destijds geen - geschreven of ongeschreven - volkenrechtelijk mandaat bestond tot het vestigen van universele rechtsmacht met betrekking tot dergelijke feiten, zodat bij gebreke van zodanig mandaat art. 3 (oud) WOS buiten toepassing moet blijven.

6.4. Art. 94 Grondwet houdt in dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. In deze bepaling is tot uitdrukking gebracht dat de rechter wettelijke voorschriften dient te toetsen aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, doch dat hij deze niet mag toetsen aan ongeschreven volkenrecht (vgl. HR 18 september 2001, LJN AB1471, NJ 2002, 559).

6.5. Gelet op het hiervoor onder 6.4 overwogene heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat het niet bevoegd was de rechtsmachtregeling van art. 3 (oud) WOS te toetsen aan het ongeschreven volkenrecht.

6.6. Anders dan ter terechtzitting in hoger beroep en in het middel is aangevoerd, biedt art. 8 Sr geen grondslag voor het op de genoemde volkenrechtelijke gronden buiten toepassing laten van de rechtsmachtregeling van art. 3 (oud) WOS.

Art. 8 Sr houdt weliswaar in dat de toepasselijkheid van de Nederlandse rechtsmachtbepalingen wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend, doch bevat - naar mede volgt uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (H.J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, deel I, 1891, blz. 147) - niet meer dan een wettelijke erkenning van aan het volkenrecht ontleende immuniteit van jurisdictie.

6.7. Het middel is tevergeefs voorgesteld.

7. Beoordeling van het vijfde middel

7.1. Het middel behelst de klacht dat het Hof - gelet op art. 8 Sr - heeft verzuimd (ambtshalve) het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging op grond van het ontbreken van rechtsmacht in verband met de aan de verdachte als (toenmalig) gezagsdrager in Afghanistan toekomende immuniteit.

7.2. Het middel faalt reeds op de grond dat de verdachte noch aan zijn toenmalige hoedanigheid van directeur van de staatsveiligheidsdienst van Afghanistan noch aan die van plaatsvervangend minister van staatsveiligheid immuniteit van jurisdictie als hiervoor onder 6.6 bedoeld toekomt.

8. Beoordeling van het tweede middel

8.1. Het middel komt op tegen de verwerping door het Hof van het beroep op de verjaring van het recht tot strafvordering ten aanzien van feit 3.

8.2. Het verweer en het middel steunen op de opvatting dat art. 10, tweede lid, WOS, inhoudende - kort gezegd - de uitsluiting van de verjaring van onder meer de feiten die strafbaar zijn gesteld in art. 8, derde lid, WOS in verbinding met art. 9 WOS, uitsluitend betrekking heeft op de zeer ernstige oorlogsmisdrijven ("grave breaches"/"infractions graves") die zijn begaan in internationale conflicten en niet op schending van art. 3 van het Verdrag in een intern gewapend conflict. Die opvatting vindt evenwel geen steun in de bewoordingen van art. 10, tweede lid, WOS noch in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling. Daarbij verdient opmerking dat ook indien zou moeten worden aangenomen dat - naar in de toelichting op het middel wordt gesteld - "in het internationale recht geen steun is te vinden voor de gedachte dat het recht tot strafvervolgung ter zake van een misdrijf als aan verzoeker verweten niet verjaart" die omstandigheid niet eraan in de weg staat dat de nationale wetgever een regeling in het leven roept die voorkomt dat ten aanzien van dergelijke misdrijven het recht tot strafvordering verjaart.

8.3. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat de tenlastelegging onder 3 is toegesneden op art. 8, derde lid, WOS in verbinding met art. 9 WOS, heeft het Hof het beroep op de verjaring terecht verworpen. Daaruit volgt dat de rechtsklacht faalt en dat de motiveringsklacht onbesproken kan blijven.

9. Beoordeling van het vierde middel

9.1. Het middel klaagt over de verwerping van de stelling dat de in de tenlastelegging onder 3 genoemde [slachtoffer 3] niet kan worden aangemerkt als een beschermd persoon in de zin van het Verdrag.

9.2. Hof heeft geoordeeld dat uit de bewijsmiddelen 11-16 genoegzaam blijkt dat [slachtoffer 3] moet worden aangemerkt als een beschermd persoon in de zin van het Verdrag. Gelet op de inhoud van die, aan dit arrest gehechte, bewijsmiddelen, geeft 's Hofs oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd. Anders dan in het middel wordt aangevoerd, is van een beschermd persoon in de zin van het Verdrag niet eerst sprake "als de persoon daadwerkelijk is geïncorporeerd in de tegenpartij".

9.3. Het middel faalt.

10. Beoordeling van het derde middel

10.1. Het middel klaagt over de verwerping van het verweer dat ten tijde van hetgeen onder 3 is tenlastegelegd marteling in een intern gewapend conflict niet strafbaar was.

10.2. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WOS, die is weergegeven in de reeds genoemde beschikking van 11 november 1997, LJN ZD0857, NJ 1998, 463, moet worden afgeleid dat de wetgever art. 8 WOS mede in het leven heeft geroepen ter voldoening aan de uit art. 146, derde lid, van het Verdrag voor Nederland voortvloeiende verplichting tot het nemen van maatregelen die nodig zijn om de met de bepalingen van dat Verdrag strijdige handelingen welke niet vallen onder de in art. 147 omschreven ernstige inbreuken ("grave breaches"/"infractions graves"), waaronder de gedragingen als omschreven in art. 3 van het Verdrag, tegen te gaan. Gelet hierop moet de strafbaarstelling van de schending van de wetten en gebruiken van de oorlog in art. 8 WOS aldus worden verstaan, dat daaronder mede is begrepen de strafbaarstelling van het handelen in strijd met art. 3 van het Verdrag, waaronder lichamelijke geweldpleging, wrede behandeling en marteling, begaan tegen de daar genoemde personen in een intern gewapend conflict, welke strafbaarstelling van kracht is geworden bij de inwerkingtreding van het Verdrag. In het midden kan dus blijven of, zoals in de toelichting op het middel wordt betoogd, "de internationale 'wetten en gebruiken van de oorlog' in de jaren '80 (...) geen strafbaarstelling voor marteling" kenden.

10.3. Uit het vorenoverwogene volgt dat het Hof het verweer terecht heeft verworpen. Dat brengt mee dat de rechtsklacht faalt en dat de motiveringsklacht onbesproken kan blijven.

11. Beoordeling van het zesde en het zevende middel

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de middelen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

12. Slotsom

Nu geen van de middelen tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

13. Beslissing

De Hoge Raad verworpt het beroep.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.H. Koster als voorzitter, en de raadsheren A.J.A. van Dorst, W.A.M. van Schendel, W.M.E. Thomassen en H.A.G. Splinter-van Kan, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 8 juli 2008.

Conclusie

Nr. 07/10063
Mr. Bleichrodt
Zitting 18 maart 2008

Conclusie inzake:

[Verdachte 1]

1. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 29 januari 2007 de verdachte ter zake van 2. primair "medeplegen van foltering, meermalen gepleegd" en 3. "opzettelijk toelaten dat een aan hem ondergeschikte zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, terwijl het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een of meer personen en het feit zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft" veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf jaren.

2. Door verdachte is beroep in cassatie ingesteld. Mrs. A.A. Franken en L. Zegveld, beiden advocaat te Amsterdam, hebben een schriftuur ingezonden, houdende zeven middelen van cassatie.

3. Ten laste van de verdachte is bewezen verklaard dat:

"Feit 2 primair

Hij op tijdstippen in de periode van 1 november 1989 tot en met 31 december 1990 in of nabij de gevangenis Sedarat in Kabul in Afghanistan, tezamen en in vereniging met anderen, als ambtenaar, te weten als ambtenaar bij de (militaire) inlichtingendienst, (de Khad-e-Nezami) (meer in het bijzonder als hoofd/directeur van voornoemde Khad-e-Nezami), in de uitoefening van zijn functie, meermalen, (telkens) (opzettelijk) (zwaar) mishandelend iemand die van zijn vrijheid was beroofd, te weten [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], met het oogmerk om een bekentenis te verkrijgen en/of vrees aan te jagen, terwijl deze gedragingen van dien aard waren dat zij het beoogde doel konden bevorderen, hierin bestaande dat verdachte in het kader van zijn werkzaamheden als ambtenaar bij de Khad-e-Nezami (meer in het bijzonder als hoofd/directeur van voornoemde dienst), tezamen en in vereniging met mededaders, toen en aldaar, telkens met voormelde oogmerken,

- de van zijn vrijheid beroofde [slachtoffer 1], die als militair in gevangenschap verbleef in de gevangenis van Sedarat, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld

- door op tijdstippen in de periode van 1 maart 1990(1) tot en met 30 juni 1990 te Afghanistan, gedurende veertien dagen, althans enige dagen achtereen [slachtoffer 1] ten dele ontkleed gedurende enkele uren, althans gedurende enige tijd buiten in een vat met (koud) water te zetten, terwijl het buiten koud was en voornoemde [slachtoffer 1] dagen achtereen wakker te houden en/of voornoemde [slachtoffer 1] gedurende deze dagen te verbieden te gaan zitten en/of te gaan liggen en/of tegen een muur te leunen om voornoemde [slachtoffer 1] het slapen te beletten terwijl voornoemde [slachtoffer 1] daarvan (hevige) pijn heeft ondervonden en/of

- door in de periode van 1 maart 1990 tot en met 30 juni 1990 te Afghanistan opzettelijk een toestand van hevige angst bij voornoemde [slachtoffer 1] teweeg te brengen door het (doen) uiten van bedreigingen door het gebruik van bewoordingen als: "Vergeet de humaniteit, jij bent Shanawaz-Gulbuddin, jij wilde onze revolutie tenietdoen" en "Zeg dat jij contacten onderhoudt met Gulbuddin en dat Shanawaz Tanay een aanhanger is van Gulbuddin, anders zal ik je weer in het water zetten" en "Laat hem wakker blijven zodat hij bekend. Als hij niet gestraft wordt dan gaat hij niet bekennen" en

- de van zijn vrijheid beroofde [slachtoffer 2], die als militair in gevangenschap verbleef in de gevangenis van Sedarat, te Kabul, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld

- door in de periode van 1 november 1989 tot en met 31 december 1990 te Afghanistan voornoemde [slachtoffer 2] in het gezicht te stompen en door eenmaal voornoemde [slachtoffer 2] gedurende enige uren blootsvoets in de sneeuw te laten staan en door meermalen (telkens) voornoemde [slachtoffer 2] dagen achtereen wakker te houden en door meermalen electriciteitsdraden te bevestigen aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2] en (vervolgens) voornoemde electriciteitsdraden stroom toe te dienen aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2], terwijl voornoemde [slachtoffer 2] daarvan (hevige) pijn heeft ondervonden.

Feit 3

Leden van de militaire inlichtingendienst, de Khad-e-Nezami in Afghanistan, (allen) werkzaam voor en ondergeschikt aan de hierna te noemen verdachte [verdachte 1], op tijdstippen in de periode van 1 oktober 1985 tot en met 31 december 1988 te Kabul, in Afghanistan, tezamen en in vereniging (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog hebben geschonden, terwijl dat feit zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft gehad of terwijl die feiten (telkens) geweldpleging met verenigde krachten tegen een persoon inhielden, hierin bestaande dat voornoemde leden van de militaire inlichtingendienst toen en aldaar in strijd met het

bepaalde in het "gemeenschappelijk" artikel 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, als leden van de (militaire) inlichtingendienst (Khad-e-Nezami) van Afghanistan, behorende tot één van de strijdende partijen in een (niet-internationaal) gewapend conflict op het grondgebied van Afghanistan, (meermalen) lichamelijke geweldpleging, en wrede (onmenselijke) behandeling en marteling hebben gepleegd ten aanzien van een persoon die (toen en aldaar) niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnam (te weten een burger), te weten [slachtoffer 3], welke lichamelijke geweldpleging, en wrede (onmenselijke) behandeling en marteling onder meer hierin bestonden dat genoemde leden, tezamen en in vereniging

- op tijdstippen in of omstreeks de periode van 1 december 1985 tot en met 1 februari 1986 in (of nabij) het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul,

- meermalen, althans eenmaal, [slachtoffer 3] tegen het scheenbeen hebben geschopt en tegen het lichaam hebben geschopt en geslagen en

- eenmaal voornoemde [slachtoffer 3] dagen achtereenvolgend wakker hebben gehouden en voornoemde [slachtoffer 3] gedurende deze dagen gedwongen hebben om buiten te blijven staan terwijl het buiten koud was en

- vingers van voornoemde [slachtoffer 3] met kracht tussen een deur en het bij die deur behorende kozijn hebben gebracht en gehouden, en (vervolgens) met kracht voornoemde deur hebben dichtgegooid terwijl vingers van voornoemde [slachtoffer 3] nog tussen voornoemde deur en voornoemd kozijn zaten en zonder verdoving een gedeelte van een vinger van voornoemde [slachtoffer 3] hebben afgeknipt, tengevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 3] pijn en (zwaar) lichamenlijk letsel heeft ondervonden ten aanzien van welke (vorenomschreven) lichamelijke geweldplegingen, waarvan één zwaar lichamenlijk letsel, tengevolge hebbende, hij, verdachte [verdachte 1] op tijdstippen in of omstreeks de periode 1 oktober 1985 tot en met 31 december 1988 in Afghanistan, opzettelijk heeft toegelaten dat aan hem, verdachte onderschikten deze hebben begaan, te weten dat hij, verdachte geen en/of onvoldoende maatregelen heeft genomen om deze lichamelijke geweldplegingen en zwaar lichamenlijk letsel, te voorkomen en de ondergeschikten/verantwoordelijken te bestraffen."

4. De tenlastelegging van feit 2 is toegesneden op art. 1 (oud) van de Uitvoeringswet folteringverdrag (Stb 1988, 478). Bij feit 3 gaat het om overtreding van art. 8 (oud) in verbinding met art. 9 (oud) van de Wet oorlogsstrafrecht (WOS).(2)

5. Het Hof heeft onder het hoofd 5. "Bespreking van de internationaal (straf)rechtelijke verweren" overwogen:

"5.1. De verdediging heeft een aantal verweren gevoerd die (deels) als gemeenschappelijk kenmerk hebben: de volkenrechtelijke aspecten van de vervolging van de verdachte en het 'bereik' van de artikelen 3 en 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS). Deze verweren, die alle uitgebreid in de pleitnota zijn beargumenteerd, vat het hof - zeer kort (en in andere volgorde weergegeven)- als volgt samen.

a. de Nederlandse strafwet ontbeert in de onderhavige zaak (universele) rechtsmacht indien het in de tenlastegelegde periode zou gaan om een niet-internationaal gewapend conflict, waarop 'slechts' het gemeenschappelijke artikel 3 van de Geneefse verdragen van toepassing is. Deze verdragen (of andere volkenrechtelijke voorschriften) voorzien niet in universele strafrechtsmacht ten aanzien van schendingen van die artikelen; vestiging van zodanige rechtsmacht behoeft een volkenrechtelijke machtiging die ook niet in het ongeschreven volkenrecht kan worden gevonden, zoals ook het Joegoslavië Tribunaal (ICTY) in zijn Tadic-beslissing van 2 oktober 1995 stelt. In de visie van de verdediging ging het in Afghanistan destijds, althans voor zover voor de tenlastegelegde gedragingen van belang, om een niet-internationaal gewapend conflict. Daarom dient het openbaar ministerie, dat zijn vervolgingsbevoegdheid in strijd met het volkenrecht uitoefent, in die vervolging niet-ontvankelijk te worden verklaard;

b. de WOS heeft (althans had in de jaren tachtig) géén betrekking op schending van de normen die in het gemeenschappelijke artikel 3 zijn neergelegd. Daarom strekt de opheffing van de verjaring die bij wet van 8 april 1971 (Stb. 210) in artikel 10 van de WOS werd neergelegd zich (uitgaande van een niet-internationaal gewapend conflict) niet uit tot het verwijt dat de verdachte (in feit 3) ten aanzien van het gestelde slachtoffer [slachtoffer 3] wordt gemaakt. De internationale rechtsovertuiging die tot deze wetwijziging aanleiding gaf, heeft slechts betrekking op de zeer ernstige oorlogsmisdrijven, de 'grave breaches' in de Geneefse verdragen. Het aan de verdachte onder 3. verweten feit is derhalve verjaard. Ook daarom dient het openbaar ministerie in deze strafvervolging niet-ontvankelijk te worden verklaard;

c. dit gestelde slachtoffer kan bovendien niet worden aangemerkt als 'beschermd persoon' in de zin van de Geneefse verdragen. Zulks dient ertoe te leiden dat de verdachte voor dit feit van alle rechtsvervolging wordt ontslagen;

d. gelet op het onder b) gestelde kan de strafbaarheid van de verdachte voor de tenlastegelegde marteling, uitgaande van een niet-internationaal gewapend conflict niet op het gemeenschappelijke artikel 3, noch op artikel 8 van de WOS worden gebaseerd. De wetgever heeft in deze wet slechts aan de 'grave-breaches'-verplichting onder de Geneefse verdragen willen voldoen. De strafbaarheid van handelen dient beoordeeld te worden naar het recht van de plaats delict; toepassing van de Nederlandse wet op handelen in Afghanistan is in strijd met het legaliteitsbeginsel. Ook dit dient ertoe te leiden dat de verdachte voor dit feit van alle rechtsvervolging wordt ontslagen;

e. ten onrechte zijn in feit 3 de aard van het conflict en de beschermde status van het gestelde slachtoffer niet opgenomen en (feitelijk) onderbouwd. De gebruikte wijze van tenlasteleggen zou in de praktijk van het ICTY niet worden geaccepteerd, zij dient tot nietigverklaring van de dagvaarding te leiden.

5.2. Het hof zal, voordat het de specifieke verweren bespreekt, zijn inzichten verwoorden met betrekking tot de algemene aspecten van de vervolging van de verdachte en het toepasselijke recht.

5.2.1 De verdachte worden gedragingen verweten die hij in de jaren tachtig en 1990 in Kabul in Afghanistan zou hebben verricht als hoge Afgaanse militair die met de leiding van de militaire inlichtingendienst was belast. Zijn handelen heeft -kort aangeduid- betrekking op deelneming aan, dan wel (toelaten van) martelen (, dan wel folteren¹) van een aantal Afgaanse onderdanen die in de macht van deze dienst waren. Tegen hem is een vervolging ingesteld nadat hij als asielzoeker zijn toevlucht in Nederland had gezocht en onder de aandacht van de Nederlandse justitie was gekomen.

Hierop gelet kan worden vastgesteld dat de grondslag voor de strafvervolging in de onderhavige zaak níét ligt in een territorialiteits-, nationaliteits- of beschermingsbeginsel, maar in het (secundaire) universaliteitsbeginsel. Ook het hof onderkent dat die rechtsmacht, ook in zijn secundaire vorm, door de Nederlandse wetgever met aanzienlijke terughoudendheid wordt toegepast en vragen van volkenrechtelijke legitimatie doet rijzen, omdat zij de soevereiniteit van de territoriale staat beïnvloedt.

5.2.2 Het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt valt in de visie van het openbaar ministerie onder het bereik van de Geneefse verdragen van 12 augustus 1949. Deze verdragen en de daarin vervatten normen hebben primair betrekking op de oorlog als internationaal gewapend conflict; sommige van die normen worden (bijvoorbeeld in artikel 147 van het Vierde verdrag²) als 'ernstige inbreuken', 'grave breaches' aangemerkt. De verdragen formuleren in het gemeenschappelijke artikel 3 echter ook (minimum)normen ten aanzien van de (menswaardige) bejegening van "personen, die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen" in geval van een niet-internationaal gewapend conflict. Het hof stelt vast dat deze normen door het Internationaal Gerechtshof (ICJ) in zijn beslissing van 27 juni 1986 inzake Nicaragua vs USA (§ 218, 219; met verwijzing naar een eerdere beslissing uit 1949) worden omschreven als "minimum yardstick; they ... reflect elementary considerations of humanity". En: "the minimum rules applicable to international and non-international conflicts are identical. ... The relevant principles are to be looked for in the provisions of Article 3 of each of the four Conventions." In de onderhavige zaak gaat het om (deelneming aan, dan wel toelaten van) martelen, dat zowel in artikel 3, aanhef en sub 1 onder a, als in artikel 147 (Vierde verdrag) met zoveel woorden wordt genoemd. Een en ander leidt ertoe dat de verweten gedragingen aldus als grove schending van de materiële normen van het internationale humanitaire recht in internationaal én niet-internationaal gewapend conflict moeten worden aangemerkt (zij het dat in het laatste geval verdragstechnisch niet van 'ernstige inbreuken' kan worden gesproken). In zoverre is er - ook in de visie van de verdediging - geen verschil al naar gelang de aard van het conflict.

5.2.3 Met betrekking tot de verplichtingen van de verdragspartijen om de materiële normen van het internationaal humanitair recht te handhaven maken de verdragen wél onderscheid.

Artikel 146 van het Vierde verdrag luidt als volgt:

[1.] De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich alle benodigde wettelijke regelingen tot stand te brengen, nodig om doeltreffende strafbepalingen vast te stellen voor personen die één der ernstige inbreuken op dit Verdrag, omschreven in het volgende artikel, hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan hebben gegeven.

[2.] Iedere Hoge Verdragsluitende Partij is verplicht personen die ervan verdacht worden één van deze ernstige inbreuken te hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan te hebben gegeven, op te sporen en moet hen, ongeacht hun nationaliteit, voor haar eigen gerechten brengen. Zij kan hen ook, indien zij daaraan de voorkeur geeft, en overeenkomstig de bepalingen van haar eigen wetgeving, ter berechting overleveren aan een andere bij de vervolging belang hebbende Hoge Verdragsluitende Partij, mits deze Verdragsluitende Partij een met voldoende bewijzen gestaafde telastlegging welke een vervolging rechtvaardigt, tegen de betrokken personen inbrengt.

[3.] Iedere Hoge Verdragsluitende Partij zal maatregelen nemen, nodig om de met de bepalingen van dit Verdrag strijdige handelingen welke niet vallen onder de in het volgende artikel omschreven ernstige inbreuken, tegen te gaan.

[4.] ...

Het hof verstaat deze bepaling aldus dat de eerste twee leden van dit artikel de verplichting tot strafbaarstelling, evenals tot opsporing en berechting ongeacht de nationaliteit opleggen in geval van 'ernstige inbreuken', maar dat ten aanzien van andere schendingen (zoals in geval van artikel 3) 'slechts' de verplichting bestaat deze tegen te gaan, zonder dat de wijze waarop dat moet gebeuren, wordt voorgeschreven. Op zichzelf laat de verdragstekst de mogelijkheid open dat ook in laatstbedoeld geval het strafrecht tot handhaving wordt ingezet. De vraag of een staat daartoe gerechtigd is lijkt op zichzelf zonder meer bevestigend te beantwoorden, waar het eigen territorium, eigen onderdanen als daders of slachtoffers betreft. Maar in de onderhavige zaak gaat het om secundair uitgeoefende universele rechtsmacht.

De verdediging heeft aangevoerd en met vele bronnen onderbouwd dat de Nederlandse strafwet-volkenrechtelijk bezien - níét zo ver vermag te reiken. Daar staat tweeërlei tegenover. Enerzijds kan worden vastgesteld dat de Nederlandse wetgever in 1987 in de parlementaire geschiedenis van de Uitvoeringswet folteringverdrag (UFV) de toepasselijkheid van het (overigens door de Hoge Raad enigszins restrictiever

uitgelegde) universaliteitsbeginsel mede baseerde op "de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, ..., zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers"³. Die situatie doet zich in de onderhavige zaak voor en zou niet zonder meer kunnen worden 'opgelost' door de verdachte naar zijn land van herkomst (en plaats delict) over te dragen aangezien dat mogelijkerwijs op gespannen voet zou kunnen komen te staan met in het EVRM gewaarborgde absolute rechten. Anderzijds omdat de wetgever - in ieder geval naar de letter - in artikel 3, aanhef en onder 1° van de WOS die rechtsmacht voor de in de artikelen 8 en 9 van die wet omschreven (oorlogs) misdrijven ongeclausuleerd heeft neergelegd. Dit artikel(gedeelte) luidt:

Onverminderd het de dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:

1° op ieder, die zich buiten het rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9;

5.3. Met betrekking tot de aard van het conflict is het hof, met de rechtbank, de verdediging en (meer impliciet) het openbaar ministerie, van oordeel dat de strijd in Afghanistan in de jaren tachtig van de vorige eeuw primair een niet-internationaal gewapend conflict betrof en wel tussen het regiem in Kabul en de 'Mujahedin' die daartegen - ook gewapend - in opstand kwamen. Weliswaar werd dit regiem mede door Russische adviseurs en legeronderdelen (die ook aan gevechten deelnamen) ondersteund, maar doet naar 's hofs oordeel aan het primair niet-internationale karakter van de strijd geen afbreuk. Een internationaal gewapend conflict wordt immers allereerst daardoor gekenmerkt dat het conflict zich tussen soevereine staten voordoet; het hof verwijst naar artikel 2 van het Vierde Geneefse verdrag. Daarvan was geen sprake zoals ook blijkt uit de tot het bewijs gebezigde verklaringen en de rapporten van de getuigedeskundige Giustozzi.

5.4. Tegen deze achtergrond overweegt het hof met betrekking tot de specifieke verweren het navolgende.

5.4.1 Hetgeen hiervoor ten aanzien van artikel 3 WOS naar voren werd gebracht betreft de vraag of deze wetsbepaling in overeenstemming is met het volkenrecht.

Aan de beantwoording van die vraag dient echter de vraag vooraf te gaan of de Nederlandse rechter, gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende macht en overige staatsorganen, zoals neergelegd in artikel 94 van de Grondwet (GW), wel bevoegd is zich over die vraag uit te spreken. Artikel 94 GW luidt:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Deze bepaling doet de vraag rijzen óf de rechter wel bevoegd is in het onderhavige geval artikel 3 WOS buiten toepassing te laten. Daarnaast rijst de vraag of er in de (parlementaire) geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3 WOS zelf aanknopingspunten zijn voor een - ten opzichte van zijn duidelijke bewoordingen - restrictieve uitleg van dat wetsartikel, met als conclusie dat dit artikel in het onderhavige geval niet voorziet in secundaire universele rechtsmacht, zoals door de verdediging wordt betoogd.

5.4.2 Naar breed lijkt te zijn aanvaard, staat artikel 94 GW de rechter niet toe wetten te toetsen aan ongeschreven volkenrecht. Deze door de Hoge Raad in zijn Nyugat II arrest van 6 maart 1959 NJ 1962.2 neergelegde rechtsopvatting heeft (mede) ten grondslag gelegen aan de Grondwetsherziening van 1983 en komt ook (a contrario) in de tekst van dit grondwetsartikel tot uitdrukking. In de visie van het hof kan aan de bepalingen van de Geneefse verdragen géén, althans geen voldoende expliciet argument worden ontleend dat duidelijk maakt dat artikel 3 WOS in strijd met daar geschreven volkenrecht is. De verdediging heeft weliswaar gewezen op een algemene volkenrechtelijke regel dat universele rechtsmacht slechts mag worden uitgeoefend voor zover het volkenrecht daartoe machtigt en betoogd dat een dergelijke machtiging ten aanzien van schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 (bij niet-internationaal gewapende conflicten) niet in de Geneefse verdragen kan worden gevonden; de raadsvrouw heeft desgevraagd echter beaamd dat een dergelijke volkenrechtelijke regel niet in enige geschreven verdragsbepaling te vinden is.

Bij die stand van zaken acht het hof zich niet bevoegd artikel 3 WOS aan - kennelijk ongeschreven - volkenrecht te toetsen. Ook het openbaar ministerie is in zijn vervolgingsbeslissing gebonden aan artikel 94 GW; reeds daarom kan de klacht dat het openbaar ministerie zijn vervolgingsbevoegdheid in strijd met het volkenrecht uitoefent, geen hout snijden.

De verdediging heeft bij dupliek nog aangevoerd dat ingevolge artikel 8 Wetboek van Strafrecht (Sr) de toepasselijkheid van de regeling van de rechtsmacht in de artikelen 2 tot en met 7 "wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend" en dat artikel 8 ingevolge artikel 91 Sr óók voor de WOS geldt. Nog daargelaten de vraag op welke volkenrechtelijke uitzonderingen dit artikel ziet (in de visie van het hof: de immuniteit) en nog daargelaten welke betekenis in dit verband aan de aanhef van artikel 3 WOS moet worden toegekend, is het hof van oordeel dat artikel 8 Sr bij de uitleg van artikel 3 WOS de Grondwet niet opzij mag zetten.

5.4.3 Het hof wijst er tegen de achtergrond van het hiervoor geconstateerde verbod op toetsing ten overvloede op

dat blijkt de Memorie van toelichting (zie noot 3, p. 4) van de UFV de wetgever in 1987 kennelijk al van oordeel was dat "foltering in geval van intern of internationaal gewapend conflict begaan een schending van de wetten van de oorlog oplevert), ... strafbaar gesteld in artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht". De regeling van de strafbaarheid (en van de rechtsmacht) van foltering in de WOS betrof in zijn visie dus óók de schending van het gemeenschappelijke artikel 3. Deze regeling lijkt betrekkelijk vergaand; zo stelt de (toenmalige) AG Van Dorst in zijn conclusie (§ 10) voorafgaand aan de beschikking van de Hoge Raad van 11 november 1997 NJ 1998.463 (Knesevic II) dat ons land een uitzonderlijke positie inneemt door niet alleen de 'grave breaches', maar ook de minder ernstige schendingen strafbaar te stellen, met universele rechtsmacht. Steun voor het vestigen van secundaire universele rechtsmacht (dus geen berechting bij verstek) valt echter te vinden in de ontwikkeling van het verdragsrecht na de Tweede Wereldoorlog, zoals deze wordt weergegeven in afzonderlijke standpunten van rechters bij de beslissing van het ICJ van 14 februari 2002 in de zaak Yerodia (Congo vs België). Het ICJ zelf kwam, in verband met de ultra petita-regel, niet toe aan de beantwoording van de vraag naar de volkenrechtelijke legitimiteit van de door België uitgeoefende (onbeperkt) universele rechtsmacht 'in absentia'.

5.4.4 Het hof stelt bovendien met betrekking tot de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet oorlogsstrafrecht vast dat, zoals de Hoge Raad in zijn Knesevic II-beschikking analyseerde, de wetgever destijds ten volle aan de verdragsverplichting van de Geneefse verdragen wilde voldoen. Daarbij is - dat kan de verdediging worden toegegeven - vooral gedacht aan de verplichting om de 'ernstige inbreuken' strafbaar te stellen, hetgeen tegen de achtergrond van het toen nog zeer recente mondiale conflict ook niet kan verbazen. Uit de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel (pp. 2247 en 2251) blijkt echter dat (toen ook al) de mogelijkheid werd open gehouden dat misdrijven gepleegd in een niet-internationaal gewapend conflict (het ging om de staatsgreep in Bolivia) hier te lande zouden worden aangepakt. Wat hiervan zij: het hof leidt uit de navolgende rechtsoverwegingen in de laatstgenoemde beschikking van de Hoge Raad af dat het ervoor gehouden moet worden dat ook in geval van schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 rechtsmacht bestaat:

6.1. Het Hof is in de bestreden beschikking klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat de in de [...] bedoelde vordering omschreven en nader gepreciseerde feiten, indien bewezen, handelen in strijd met het gemeenschappelijke art. 3 van de Rode Kruis Verdragen van Genève van 1949 en uit dien hoofde het in art. 8 WOS omschreven misdrijf opleveren. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden, zodat daarvan bij de beoordeling van het middel eveneens moet worden uitgegaan.

6.2. Het middel strekt kennelijk ten betoge dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

6.3. Gelet op hetgeen hiervoor onder 5.3 is overwogen moet art. 1 WOS aldus worden opgevat dat op misdrijven als omschreven in de artikelen 8 en 9 de desbetreffende bepalingen van die wet, waaronder art. 3 aanhef en onder 1° en de artikelen 10, 10a en 11, steeds van toepassing zijn, zonder de in het eerste, het tweede onderscheidenlijk het derde lid van dat art. 1 gestelde beperkingen.

6.4. Het Hof heeft mitsdien terecht geoordeeld dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

Het hof onderkent dat de in de beschikking bedoelde vordering betrekking had op feiten die in 1992 in het voormalig Joegoslavië zouden zijn begaan, maar ziet in de overwegingen van de Hoge Raad geen enkel aanknopingspunt voor de (veronder)stelling dat deze rechtsoverwegingen niet óók ten aanzien van feiten van 10 à 15 jaar daarvoor, waarvan in de onderhavige zaak sprake is, zouden gelden.

Het vorenstaande leidt ertoe dat het onder a) weergegeven verweer met betrekking tot het ontbreken van rechtsmacht dient te worden verworpen. Het hof onderstreept nogmaals dat het - mede gelet op het adagium 'aut dedere aut punire' - in de onderhavige zaak om de uitoefening van secundaire universele rechtsmacht gaat. En het belang van de aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied van de vervolgende staat wordt ook in de Memorie van toelichting bij de Wet internationale misdrijven⁴ onderstreept.

5.4.5 Ook de stelling onder b) dat de WOS (destijds) geen betrekking had op schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 van de Geneefse verdragen en dat de opheffing van de verjaring voor dergelijke delicten niet geldt, moet op dezelfde gronden worden verworpen.

5.4.6 Een zelfde lot dient het onder d) bedoelde verweer te treffen. Indien er geen gronden zijn om het werkingbereik van de Wet oorlogsstrafrecht te beperken, geldt dat niet alleen voor de rechtsmacht, maar ook voor de individuele strafbaarstelling in artikel 8 WOS van oorlogsmisdrijven, ook in geval van niet-internationaal gewapend conflict. Gelet op het feit dat de verweten gedragingen als grove schending van de materiële normen van het internationale humanitaire recht moeten worden aangemerkt (zie hierboven § 5.2.2) en strafrechtsoverwegingen zinloos zou zijn indien zij niet door individuele strafbaarstelling tot gelding zou kunnen komen, ziet het hof geen enkele grond om de in artikel 8 WOS neergelegde delictsoomschrijving en sanctienorm niet ook op de verdachte - voor door hem in een niet-internationaal gewapend conflict in Afghanistan begane misdrijven - van toepassing te achten. Het hof sluit zich aan bij de procureur-generaal bij de Hoge Raad en de advocaat-

generaal Keizer in de vordering tot cassatie in het belang der wet die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2001 (AB1471, inzake Bouterse). Deze concludeert (§ 26) onder meer:

"Bij de Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1975) [Aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties bij Resolutie 3452 (XXX), 9 december 1975] heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties niet alleen uitgesproken dat foltering in strijd is met de menselijke waardigheid en met de rechten van de mens, maar ook dat volgens het recht van iedere staat foltering strafbaar dient te zijn, en dat gevallen van foltering strafrechtelijk dienen te worden vervolgd."

Dat de verdachte aan het einde van de jaren tachtig geen rekening hoefde te houden met wat de Nederlandse Wet oorlogsstrafrecht over handelen stelt dat in het internationale recht niet strafbaar is gesteld en dat de toepassing van de WOS in zijn geval strijd met het legaliteitsbeginsel oplevert, is een verweer dat de verdachte in het licht van het voorgaande niet toekomt.

5.4.7 Met betrekking tot de stelling van de verdediging onder e) dat de dagvaarding van feit 3 nietig verklaard moet worden omdat in de tenlastelegging de aard van het conflict en de beschermde status van het gestelde slachtoffer niet opgenomen en (feitelijk) onderbouwd zijn, overweegt het hof het navolgende. De gestelde eis kan niet aan de delictsomschrijving van artikel 8 jo 9 WOS worden ontleend, aangezien deze 'slechts' de "schending van de wetten en gebruiken van de oorlog" strafbaar stelt. Wat die wetten en gebruiken van de oorlog inhouden blijkt (onder meer) uit de Geneefse verdragen. Zoals hierboven onder 5.2.2 aangegeven gaat het in de onderhavige zaak om een verwijt dat een materiële norm betreft die geldt onafhankelijk van de aard van het conflict. De gegispte tenlastelegging wijst - in zijn verwijzing naar de desbetreffende verdragsbepalingen - beide typen conflict aan. Hoewel niet op voorhand uit te sluiten valt dat een expliciet alternatieve tenlastelegging nog grotere duidelijkheid zou verschaffen, vermag het hof niet in te zien dat de tenlastelegging op dit punt tekort schiet. Op geen enkele wijze is aannemelijk geworden dat de verdachte door de wijze van tenlasteleggen is belemmerd in (de voorbereiding van) zijn verdediging.

Met betrekking tot de beschermde personen is hun omschrijving in het gemeenschappelijke artikel 3 in de tenlastelegging opgenomen in de passage over personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnamen (te weten burgers of personeel van strijdkrachten dat de wapens had neergelegd of zij die buiten gevecht waren gesteld); bovendien worden de in die artikelen expliciet genoemde verboden gedragingen feitelijk omschreven, waarbij ook de voor de strafrechtelijke kwalificatie overeenkomstig artikel 8 WOS relevante omstandigheden zijn vermeld.

In geval van een internationaal gewapend conflict spreekt artikel 147 van het Vierde Geneefse verdrag slechts over feiten "gepleegd tegen door het verdrag beschermde personen". In dat verdrag worden de beschermde personen in artikel 4 omschreven:

"personen die, . . ., in geval van een conflict of bezetting, zich in de macht bevinden van een Partij bij het conflict of van een bezettende Mogendheid, van welke zij geen onderdanen zijn".

Het hof constateert - met de verdediging - dat deze omschrijving in de tenlastelegging ontbreekt. Aangezien het hof het conflict als niet-internationaal heeft aangemerkt, kan onderzoek naar de mogelijke consequenties die het ontbreken van deze aanduiding zou moeten hebben, achterwege blijven. Ook hiervoor geldt dat op geen enkele wijze aannemelijk is geworden dat de verdachte door deze wijze van tenlasteleggen is belemmerd in (de voorbereiding van) zijn verdediging.

5.4.8 Het hof is voorts van oordeel dat, anders dan door de verdediging hierboven onder c) is gesteld, het slachtoffer [slachtoffer 3] als "beschermde persoon" in de zin van de Geneefse verdragen moet worden aangemerkt, hetgeen genoegzaam blijkt uit de bewijsmiddelen. Daarbij zij met name verwezen naar de aan te hechten bewijsmiddelen 11 tot en met 16."

6.1 Het eerste middel klaagt over de verwerping van het verweer, kort gezegd daarop neerkomende dat Nederland geen rechtsmacht kan uitoefenen ter zake van misdrijven begaan tijdens een niet-internationaal gewapend conflict, waarop het gemeenschappelijk art. 3 van de Geneefse verdragen(3) van toepassing is, omdat daarvoor de vereiste volkenrechtelijke machtiging in elk geval ten tijde van de verweten gedragingen ontbrak.

6.2 Het verweer heeft dus betrekking op feit 3. De volgende wettelijke voorschriften zijn hier van belang:

Art. 3 (oud) WOS dat inhoudt:

"Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:

1° op ieder, die zich buiten het Rijk in Europa schuldig maakt aan een misdrijf omschreven in de artikelen 8 en 9;
(...)"

Art. 8 (oud) WOS, onder meer inhoudende:

"1. hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

(...)

3. Levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd:

1°. indien het feit de dood of zwaar lichamenlijk letsel van een ander tengevolge heeft dan wel verkrachting inhoudt;

2°. indien het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een of meer personen dan wel geweldpleging tegen een dode, zieke of gewonde;

(...)"

Art. 9 (oud) WOS, dat inhoudt:

"Met gelijke straf als gesteld op de in het voorgaande artikel bedoelde feiten wordt gestraft hij die opzettelijk toelaat dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat."

6.3 De vier Geneefse verdragen van 12 augustus 1949(4) zien op de situatie van een internationaal gewapend conflict en betreffen verschillende categorieën van beschermde personen.

Het aan die verdragen gemeenschappelijke art. 3 heeft echter (telkens) betrekking op een niet-internationaal gewapend conflict. Het is niet dan na moeizame diplomatieke onderhandelingen tot stand gekomen, omdat het regels geeft ten aanzien van een intern conflict en daarom de soevereiniteit van de staat binnen wiens territorium een zodanig conflict zich zou afspelen, daarbij direct betrokken is.(5) Bedoeld artikel luidt in de Nederlandse vertaling, voor zover van belang:

"Ingeval van een gewapend conflict op het grondgebied van één der Hoge Verdragsluitende Partijen, hetwelk geen internationaal karakter draagt, is ieder der Partijen bij het conflict gehouden ten minste de volgende bepalingen toe te passen:

1. Personen die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen met inbegrip van personeel van strijdkrachten dat de wapens heeft neergelegd (...) moeten onder alle omstandigheden menslievend worden behandeld, zonder enig voor hen nadelig onderscheid gegrond op ras, huidskleur (...)

Te dien einde zijn en blijven te allen tijde en overal ten aanzien van bovengenoemde personen verboden:

a. aanslag op het leven en lichamenlijke geweldpleging, in het bijzonder het doden op welke wijze ook, verminking wrede behandeling en marteling (...)"(6)

6.4 Het Hof heeft in cassatie onbetwist vastgesteld dat ten tijde van de tenlastegelegde gedragingen in Afghanistan sprake was van een niet-internationaal gewapend conflict.

Het door het Hof geciteerde art. 146 van het Vierde Verdrag betreffende de bescherming van burgers, houdt de verplichting voor de Staten in om universele rechtsmacht(7) in te stellen voor zogenaamde "grave breaches", genoemd in art. 147, tegen door het Verdrag beschermde personen, zoals genoemd in art. 4. Onder die inbreuken vallen onder meer marteling, onmenselijke behandeling en het moedwillig veroorzaken van hevig lijden of ernstig lichamenlijk letsel. Maar het gaat daarbij dus uitsluitend om schendingen van het Verdrag in een gewapend conflict met een internationaal karakter.

De tekst van het Verdrag sluit op zichzelf echter niet uit, zoals het Hof terecht heeft geoordeeld, dat een partij daarbij universele rechtsmacht vestigt ook ten aanzien van schendingen die niet onder art. 146 in verbinding met art. 147 zijn begrepen, doch die inbreuken op genoemd gemeenschappelijk art. 3 inhouden.(8)

6.5 Art. 3 WOS is een toepassing van het universaliteitsbeginsel, terwijl het daarin genoemde art. 8 WOS, naar ook uit de wetsgeschiedenis volgt, van toepassing is op schendingen van de bepalingen van de Geneefse verdragen (ook voor zover deze niet als "grave breaches" zouden kunnen worden aangemerkt). Onder meer op die wetsbepalingen had betrekking de beschikking van de Hoge Raad van 11 november 1997, NJ 1998, 463 m.nt 't H. (Knezevic II), waarin het ging om in het voormalige Joegoslavië gepleegde feiten.

In cassatie was in die zaak uitgangspunt dat de desbetreffende gedragingen, indien bewezen, handelen in strijd met het gemeenschappelijk art. 3 opleverden. Handelen in strijd met dat gemeenschappelijk art. 3 valt naar de Hoge Raad oordeelde, onder art. 8 WOS. Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat op misdrijven als omschreven in art. 8 de desbetreffende bepalingen van de wet (de WOS) steeds van toepassing zijn, waaronder art. 3 aanhef en onder 1° en de artikelen 10, 10a en 11 WOS.(9)

6.6 Voormelde beschikking is in de pleitnota wel kort ter sprake gekomen maar op wat toen mijns inziens in de kern is beslist, gaat deze mijns inziens onvoldoende in(10).

Thans wordt in cassatie in de eerste plaats aangevoerd dat die beschikking dateert uit 1997, lang na de periode waarin de onderhavige feiten zouden zijn begaan. Dat doet mijns inziens echter niet terzake. De WOS dateert uit 1952 en in de beschikking van de Hoge Raad uit 1997 worden bepalingen van die, nadien slechts op ondergeschikte punten gewijzigde, wet uitgelegd, zonder dat in die beschikking aanknopingspunten zijn te

vinden voor de veronderstelling dat naar het oordeel van de Hoge Raad art. 3 WOS in 1997 wel, doch in enigerlei periode daarvoor - waaronder zoals bepleit, op feiten begaan in het in de tenlastelegging genoemde tijdvak - niet zou mogen worden toegepast. Het standpunt van de verdediging komt erop neer dat art. 3 WOS met betrekking tot feiten, begaan in een periode van ongeveer 30 jaar na de inwerkingtreding daarvan buiten toepassing zou moeten worden gelaten. Als een zodanige bijzondere situatie naar het oordeel van de Hoge Raad aan de orde zou zijn geweest, zou er alle reden zijn geweest om een en ander in die beschikking te vermelden, te meer omdat juist in zaken als de onderhavige een lange tijd kan verlopen tussen het begaan van de feiten en de feitelijke mogelijkheid van een vervolging. Het zou dan van het grootste belang zijn duidelijk aan te geven vanaf welk tijdstip die bepaling wel kon worden toegepast.(11)

Verder lees ik meergenoemde beschikking (rubriek 6) - anders dan de stellers van het middel - aldus dat de Hoge Raad heeft overwogen dat in feitelijke aanleg niet was betwist dat de concrete gedragingen handelen in strijd met het gemeenschappelijk art. 3 opleverden zodat daarvan in cassatie moet worden uitgegaan, maar niet dat een en ander ook gold voor het antwoord van het Hof op de rechtsvraag of schendingen van het gemeenschappelijk art. 3 begrepen zijn onder art. 8 WOS. Ik meen dat die rechtsvraag in rubriek 6 bezien in haar context door de Hoge Raad bevestigend is beantwoord.(12) Ten slotte wordt met zoveel woorden gezegd dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

6.7 De strekking van het middel is dus dat het opkomt tegen 's Raads oordeel uit 1997. Toegegeven moet worden dat de verhouding tussen art. 3 WOS en het volkenrecht toen in cassatie niet uitdrukkelijk aan de orde is gesteld. Maar het is niet goed denkbaar dat juist gelet op de strekking van die procedure - een soort proefproces - een uit die verhouding voortvloeiend vervolgingsimpediment over het hoofd zou zijn gezien.

Het middel komt daarop neer dat in ieder geval ten tijde van de hier tenlastegelegde gedragingen geen, toen naar de opvatting van de verdediging vereist, volkenrechtelijk mandaat bestond tot het vestigen van universele rechtsmacht en dat daarom art. 3 (en art. 8) WOS bij gebreke van een zodanig mandaat in deze zaak buiten toepassing moeten blijven en de Officier van Justitie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging. Voordat ik nader inga op wat daarover in het middel verder wordt gesteld, constateer ik dat de wetgever na 1997 geen reden heeft gezien om de uit de beschikking Knesevic II af te leiden opvatting van de Hoge Raad te corrigeren. Ook in de parlementaire geschiedenis van de Wet internationale misdrijven (verder: WIM)(13) wordt meergenoemde beschikking, die overeenstemde met de visie van de wetgever uit 1952, zonder enig nader commentaar als een gegeven beschouwd.

6.8 Het middel klaagt dat het Hof het door de verdediging ingenomen en gemotiveerde standpunt dat het internationale recht geen machtiging geeft voor universele rechtsmacht ten aanzien van misdrijven die (in de jaren '80) zijn begaan in een intern gewapend conflict, niet heeft weerlegd doch slechts argumenten heeft geformuleerd die betrekking hebben op het Nederlandse recht. Het middel berust niet alleen op de opvatting, dat art. 3 WOS althans in de relevante periode in strijd was met het (ongeschreven) volkenrecht, maar ook daarop dat de rechter bevoegd is de WOS aan dat ongeschreven volkenrecht te toetsen.

6.9 Het Hof heeft in zijn hiervoor weergegeven overwegingen 5.4.1 e.v. terecht overwogen dat de vraag of de rechter tot die toetsing bevoegd is, voorafgaat aan die of van de gestelde strijd sprake is. Immers, als die eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord, komt men aan de tweede niet toe en kan het Hof moeilijk worden verweten dat het niet nader is ingegaan op het betoog dat art. 3 WOS in strijd is met het ongeschreven volkenrecht.

6.10 Het Hof heeft die eerste vraag in een uitvoerig betoog ontkennend beantwoord. Zijn oordeel is juist.

Beslissend is hier de uitleg van art. 94 Gw, waarvan algemeen wordt aangenomen dat het de rechter niet de bevoegdheid geeft om wettelijke bepalingen te toetsen aan ongeschreven volkenrecht.

Vóór de totstandkoming van die bepaling had de Hoge Raad in zijn arrest van 6 maart 1959, NJ 1962, 2 al in die zin beslist. In de beschikking van de Hoge Raad van 18 september 2001, NJ 2002, 559 (Bouterse) (m.n. JR/ N.J. Schrijver), waarin hij tot dezelfde slotsom komt, is de parlementaire geschiedenis van het huidige art. 94 Gw aan de orde gekomen.(14) Uit die geschiedenis volgt dat de grondwetgever uitdrukkelijk de optie heeft afgewezen om de toetsingsbevoegdheid van de rechter te verruimen tot het ongeschreven volkenrecht. Naast principiële bezwaren van constitutionele aard - de rechter zou bijvoorbeeld een wettelijke bepaling buiten toepassing moeten laten met het oog op een verdrag dat nog niet voor het Koninkrijk in werking is getreden, waardoor grondwettelijke bevoegdheden van regering en parlement kunnen worden gefrustreerd - is als praktisch bezwaar genoemd de omstandigheid dat over de inhoud van het ongeschreven recht vaak onzekerheid bestaat.

De wetgever gaf de voorkeur aan een op de Nederlandse constitutionele verhoudingen toegesneden regeling van de interne werking van het volkenrecht, die de rechter, de wetgever, het bestuur en de burger het nodige houvast geeft."(15)

In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer(16) wordt het als volgt nog eens onder woorden gebracht dat de kernvraag is of de beoordeling van de vraag of een nationale regeling en dan met name een formele wet in strijd is met het ongeschreven volkenrecht, grondwettelijk wel of niet aan de rechter moet worden opgedragen. Die vraag is aldus beantwoord dat dat oordeel toekomt aan de wetgever.

6.11 Even aangenomen dat art. 3 WOS in de jaren tachtig inderdaad (nog) in strijd was met een ongeschreven

regel van volkenrecht, zou de Nederlandse staat daarop eventueel door andere staten kunnen zijn aangesproken en de wetgever daarin aanleiding hebben kunnen zien de wet aan te passen, maar nu dat niet gebeurd is, zal de rechter zich aan de WOS moeten houden.

Men kan natuurlijk van oordeel zijn dat een andere benadering dan die van de grondwetgever gewenst of noodzakelijk is(17). Maar niet kan de rechter worden verweten dat hij binnen het constitutionele kader en in het bijzonder binnen de bij de Grondwet bepaalde grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven.

6.12 Het middel voert vervolgens aan dat het Hof heeft miskend dat art. 8 Sr (evenals art. 13a Wet A.B.) een uitzondering vormt op bedoeld toetsingsverbod. Zo is het mijns inziens niet juist gesteld. Bij toepassing van genoemde artikelen is geen sprake van toetsing door de rechter van nationale wettelijke bepalingen aan ongeschreven volkenrecht. De wetgever verwijst in die artikelen zelf naar het volkenrecht. Het gaat er dus om vast te stellen wat de wetgever met die verwijzing voor ogen heeft gehad en van welke bepalingen van ongeschreven volkenrecht hij als het ware heeft goedgevonden dat deze door de rechter worden inachtgenomen, ook als het gevolg daarvan is dat andere wettelijke bepalingen (hier: art. 2-7 Sr) niet hun (volledige) werking hebben.

6.13 Art. 8 Sr luidt:

" De toepasselijkheid van de art. 2-7 wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend."

De bepaling kwam al in het Wetboek van Strafrecht van 1886 voor. In de memorie van toelichting op het oorspronkelijke regeringsontwerp werd het behandeld onder het opschrift "C Extraterritorialiteit (art. 8)"(18) Men had het oog op het "volkenrechtelijk beginsel van extraterritorialiteit"(19), waarbij immuniteit toekwam aan bepaalde personen, zoals staatshoofden van vreemde mogendheden, in Nederland geaccrediteerde diplomaten enz.(20) Die kunnen als zij in Nederland een strafbaar feit zouden begaan ter zake niet kunnen worden vervolgd en ten aanzien van hen kunnen ook geen onderzoekshandelingen worden verricht. Het gaat dus in het bijzonder om uitzonderingen ratione personae op de toepasselijkheid van het in de Nederlandse strafwet neergelegde territorialiteitsbeginsel.

6.14 Dat meer is beoogd blijkt niet. In de - latere - WOS heeft de wetgever bovendien uitdrukkelijk ten aanzien van de desbetreffende misdrijven voor een speciale, ruime rechtsmachtregeling gekozen. Op vragen uit de Tweede Kamer of de rechtsmachtbepaling niet beter in het Wetboek van Strafrecht kon worden opgenomen, antwoordde de regering:

"De ondergetekenden mogen er op wijzen, dat de hier voorgestelde verruiming uitsluitend betrekking heeft op strafbare feiten, opgenomen in de Wet oorlogsstrafrecht. Wanneer men er eenmaal van uitgaat dat deze strafbare feiten in een afzonderlijke Wet oorlogsstrafrecht behoren voor te komen, ligt het voor de hand, dat ook de bepalingen omtrent de omvang van de werking van deze bepalingen in die wet worden opgenomen."(21)

Het gaat dus om een aparte categorie van feiten met een eigen rechtsmachtregeling, waarvoor de wetgever klaarblijkelijk geen volkenrechtelijk beletsel zag; integendeel de wetgever achtte zich gehouden de Verdragen van Genève aldus in de nationale wetgeving te incorporeren. De stelling van het middel dat als de redenering van het Gerechtshof wordt gevolgd, bijvoorbeeld een zittend staatshoofd in Nederland op basis van de WOS zou kunnen worden vervolgd, kan ik niet goed plaatsen. Uit de beslissing van het Hof vloeit niet voort dat de persoonlijke immuniteit van dat staatshoofd dan niet zou gelden.(22)

6.15 Ook uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WIM blijkt dat het, net als in art. 8 Sr, gaat om bovenbedoelde uitzonderingen ratione personae.(23)

In de WIM is een aparte bepaling (art. 16) opgenomen met betrekking tot immuniteiten. In dat artikel - waarin men materieel niet heeft willen afwijken van wat op dit gebied volkenrechtelijk gold en via art. 8 Sr al zijn toepassing in de Nederlandse rechtsorde vond - is een meer concrete regeling (omschrijving) opgenomen van immuniteiten, met het doel in het bijzonder het Openbaar Ministerie een goede basis te verschaffen voor een beoordeling; art. 8 Sr met zijn algemene verwijzing naar het volkenrecht gaf naar het oordeel van de wetgever te weinig houvast.

6.16 Het middel faalt.

7.1 Het tweede middel komt op tegen de verwerping door het Hof van het verweer dat art. 10 WOS geen betrekking heeft op misdrijven die zijn begaan tijdens een intern gewapend conflict en dat daarom het recht tot strafvordering ten aanzien van feit 3 verjaard is.

7.2 Het middel berust op de ook in het pleidooi naar voren gebrachte opvatting, dat art. 10 WOS uitsluitend betrekking heeft op oorlogsmisdrijven die zijn begaan in een internationaal gewapend conflict, omdat in 1971, toen art. 10 WOS is ingevoegd, alsmede ten tijde van de tenlastegelegde feiten niet de regel gold dat feiten in een intern conflict niet konden verjaren.

Allereerst merk ik op dat die opvatting al op het eerste gezicht in strijd lijkt te komen met de eerder genoemde

beschikking van de Hoge Raad uit 1997 (Knesevic II). Daaruit kan immers worden afgeleid dat art. 10 WOS ook van toepassing is in geval van schendingen van het gemeenschappelijk art. 3 van de Geneefse verdragen.(24)

7.3 De relevante passage van het pleidooi begint met de opmerking dat wat met betrekking tot de rechtsmacht is aangevoerd, evenzeer geldt voor art. 10 WOS.

Aangevoerd is dat er geen internationale regel bestond die voorzag in onverjaarbaarheid. Daarbij is onder meer een beroep gedaan op een Conventie van de VN uit 1968 (waarbij Nederland, naar ook is onderkend, overigens geen partij is(25)) en op een in 1971 binnen de Raad van Europa bestaande communis opinio. Voor zover bedoeld is ook hier een beroep te doen op ongeschreven volkenrecht, meen ik dat het Hof door te overwegen dat dit verweer op dezelfde gronden moet worden verworpen als het rechtsmachtverweer, in zijn motiveringsverplichting niet is tekortgeschoten. Ook hier gelden zijn overwegingen met betrekking tot de toetsingsbevoegdheid van de rechter.

7.4 Bovendien zie ik niet in dat en waarom het ontbreken van een regel van internationaal recht die de niet-verjaarbaarheid voorschrijft, er aan in de weg zou staan dat de nationale wetgever ten aanzien van de desbetreffende misdrijven bepaalt dat deze niet verjaren.(26) Niet is gesteld dat enige regel van volkenrecht een zodanig optreden van de nationale wetgever zou verbieden, laat staan dat een zodanig verbod in het geschreven volkenrecht voorkomt.

7.5 De verdediging heeft aangevoerd dat art. 10 WOS, althans in 1985, niet zag op misdrijven begaan in interne conflicten, zodat de commune verjaringstermijnen van art. 70 Sr van toepassing zijn.(27) Het Hof heeft echter verwezen (zie rov. 5.4.4) naar de beschikking van de Hoge Raad uit 1997 in de zaak Knesevic, die zoals gezegd ook op art. 10 WOS betrekking had. De stelling van het middel dat het Hof in het geheel niet is ingegaan op dit aspect van het verweer, mist dus feitelijke grondslag. De vraag is wel of art. 10 WOS van toepassing is op de concrete onder 3 bewezenverklarde en onder art. 8 WOS vallende gedragingen.

7.6 Art. 10 is in de WOS ingevoegd bij Wet van 8 april 1971, Stb. 210, waarin nadere regels zijn gesteld met betrekking tot de verjaring in geval van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Het is bij de inwerkingtreding van de Wet internationale misdrijven vervallen.

Blijkens de parlementaire geschiedenis van eerstgenoemde wet was de aanleiding daarvoor de dreigende verjaring van ernstige oorlogsmisdrijven begaan ten tijde van de Tweede Wereldoorlog en was het verder de bedoeling voor de toekomst de verjaring alleen uit te sluiten voor de ernstigste misdrijven. Daaronder zijn echter uitdrukkelijk ook geschaard de gekwalificeerde overtredingen van art. 8 WOS - de feiten gepleegd onder de strafverzwarende omstandigheden genoemd in het tweede en het derde lid - hoewel de regering heeft erkend dat het dan in concreto ook wel eens om een minder ernstige misdrijving zou kunnen gaan. Een onderscheid binnen de door de leden 2 en 3 bestreken categorieën werd echter niet gewenst geacht.(28)

Wat aan de verdachte wordt verweten en is bewezen verklaard is zijn betrokkenheid bij een dergelijke gekwalificeerde schending. De conclusie is dat bedoeld feit - een inbreuk op het gemeenschappelijk art. 3, strafbaar ingevolge art 8 (oud) WOS, waarbij het derde lid van genoemd art. 8 van toepassing is - niet is verjaard.

7.7 Het middel is tevergeefs voorgesteld.

8.1 Het derde middel klaagt dat het Hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd het verweer heeft verworpen dat de ten laste gelegde marteling niet strafbaar is. Het gaat het middel om de verwerping van het verweer, zoals hiervoor onder 5 sub 5.4.6 weergegeven.

8.2 De pleitnota heeft ook in dit verband betrekking op het aan verdachte onder 3 verweten feit, gepleegd tegen [slachtoffer 3].

8.3 Omdat, voor zover ik zie, in ieder geval ten dele sprake is van een variatie op hetzelfde thema als dat van het eerste middel, roep ik eerst nog even in herinnering dat:

(i) volgens de Hoge Raad in art. 8 (oud) WOS onder meer inbreuken op het gemeenschappelijk art. 3 strafbaar waren gesteld, en wel vanaf de datum van de inwerkingtreding van die wet in 1952,(29) en

(ii) dat bedoeld gemeenschappelijk art. 3 onder meer gebiedt tegen te gaan: lichamelijke geweldpleging, wrede behandeling en marteling (de authentieke Engelse tekst spreekt van "torture").

8.4 Om begripsverwarring te voorkomen het volgende. Van "torture" wordt ook gesproken in het Folteringverdrag.(30) Het wordt in het Nederlands vertaald als foltering. Het is in feite een gekwalificeerde vorm van marteling (of mishandeling). Er zijn namelijk twee bijkomende bestanddelen: de ene is gelegen in de hoedanigheid van de dader - kort gezegd een overheidsfunctionaris of een andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt - de andere in het bijzondere oogmerk, dat bijvoorbeeld ertoe moet strekken om inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen.

Anders gezegd, de marteling of mishandeling is de basisgedraging. Is sprake van genoemde bijkomende omstandigheden dan levert deze foltering in de zin van het Folteringverdrag, de Uitvoeringswet folteringverdrag (Stb. 1988, 478) en (thans) art. 1, eerste lid onder e, WIM op.

De marteling als bedoeld in genoemd gemeenschappelijk art. 3, thans opgenomen in art. 6 WIM, kent trouwens ook een bijkomend bestanddeel, maar die is van andere aard: de marteling moet zijn gepleegd ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict.(31)

Op een inbreuk op genoemd gemeenschappelijk art. 3, is de tenlastelegging onmiskenbaar toegespitst. Juist vanwege de bijzondere betekenis die het Folteringverdrag etc. toekennen aan het begrip "folteren" (zoals dat thans in de WIM is gedefinieerd), verdient het mijns inziens de voorkeur om in deze zaak het woord "marteling" te gebruiken, zoals in de tenlastelegging ook is gebeurd.

8.5 Het middel klaagt dat het Hof in zijn overwegingen heeft miskend dat het voor de bepaling van de vraag welke gedragingen onder art. 8 WOS strafbaar zijn van belang is wat daarover is bepaald in a) het internationale recht, voor zover b) geldend in tijd van oorlog. Het eerste (a) is op zichzelf juist, maar ik geloof niet dat het Hof dat heeft miskend; (b) veronderstelt, naar ik aanneem, dat gemeenschappelijk art. 3, toepasselijk als het is op interne gewapende conflicten, niet als "verwijzingsadres" mag fungeren. Dat laatste is mijns inziens onjuist.

8.6 Zoals ook al in de meergenoemde beschikking van de Hoge Raad uit 1997 is overwogen, heeft de wetgever beoogd door het totstandbrengen van de WOS aan zijn verplichtingen, voortvloeiende uit de vier Geneefse verdragen te voldoen.

Art. 146, derde lid van het vierde Verdrag houdt in dat de Verdragssluitende partijen maatregelen dienen te nemen, nodig om de met de bepalingen van het Verdrag strijdige handelingen welke niet vallen onder de art. 147 omschreven ernstige inbreuken(32), tegen te gaan. Ter voldoening aan die verplichting heeft de wetgever dus (mede) gekozen voor de strafbaarstelling van de in het gemeenschappelijk art. 3 verboden gedragingen, omdat hij die strafbaarstelling nodig achtte om inbreuken op dat artikel tegen te gaan. Dat de wetgever in dat verband niet tot een individuele strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling mocht overgaan, zie ik niet in. Voor zover echter in het pleidooi ook bedoeld is een beroep te doen op ongeschreven volkenrecht dat aan dat laatste in de weg zou staan, gaat dat betoog, wat daarvan zij, overigens al niet op gelet op wat hiervoor over de toetsingsbevoegdheid van de rechter is opgemerkt.

Kort gezegd: het gemeenschappelijk art. 3 verbiedt bepaalde gedragingen, de WOS vestigde de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degene die een zodanig verbod overtreedt en de wetgever was bevoegd dat te doen.

8.7 De opvatting dat ten aanzien van het begrip "wetten en gebruiken van de oorlog" zoals opgenomen in art. 8, eerste lid (oud), WOS, alleen het internationale recht "van toepassing in oorlog", relevant is, is mijns inziens dus onjuist.

Bedoelde opvatting kan ook niet uit de in de toelichting op het middel onder 2.4 geciteerde passage uit het werk van Jofriet worden afgeleid. Uitdrukkelijk wordt daarin verderop vermeld dat de vier Geneefse verdragen na hun inwerkingtreding op 3 februari 1955 onder (art. 8 van) de WOS vielen; die datum van inwerkingtreding markeert, aldus de schrijver, het tijdstip waarop de strafbaarheid van de desbetreffende feiten naar Nederlands recht is ingetreden. Voor het gemeenschappelijk art. 3 wordt geen uitzondering gemaakt (33).

Bedoelde restrictieve opvatting wordt ook niet gedeeld door Keijzer.(34) Hij schrijft in dit verband:

"Van de oorlog" (sc.1. het begrip in de tekst van art. 8 WOS, C.B.) dient in dit verband in ruime zin te worden opgevat, namelijk als betrekking hebbende op alle gewapende conflicten, ongeacht of deze van internationale dan wel van interne aard zijn. Tot de "wetten van de oorlog" behoren immers ook het bepaalde in het gemeenschappelijk art. 3 van de Conventies van Genève en in het deze aanvullende Protocol II, die betrekking hebben op interne conflicten."

8.8 Het middel kan niet tot cassatie leiden.

9.1 Het vierde middel klaagt dat het Hof het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt dat [slachtoffer 3] niet kan worden aangemerkt als een "beschermd persoon" in de zin van de Geneefse verdragen, ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd heeft verworpen.

9.2 Ieder van de vier Geneefse verdragen geeft een omschrijving van de categorie beschermde personen waarop het betrekking heeft. Het eerste Verdrag voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, bepaalt bijvoorbeeld in art. 13 in detail op wie het Verdrag van toepassing is. Het vierde Verdrag tot bescherming van burgers in oorlogstijd omschrijft die personen in art. 4. Zoals gezegd hebben deze Verdragen betrekking op de situatie van een internationaal gewapend conflict. Het gemeenschappelijk art. 3 - zoals opgemerkt ook wel gekarakteriseerd als een miniverdrag binnen ieder van genoemde vier verdragen - dat van toepassing is ingeval van een intern gewapend conflict, stelt als enige voorwaarde dat de betrokken personen niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen. Daaronder kunnen ook vallen leden van de strijdkrachten die de wapens hebben neergelegd etc.

9.3 In de pleitnota wordt voor het geval sprake is van intern gewapend conflict gesteld dat de handelingen moeten zijn begaan hetzij door een militair of een burger tegen een vijandelijke militair of een vijandelijke burger. Degene die martelt etc. moet dus behoren tot de "tegenpartij" vanuit het perspectief van het slachtoffer gezien. Een misdrijf van een militair tegen een militair van de eigen strijdkrachten valt bijvoorbeeld dus niet onder het onderhavige verbod.(35)

Vervolgens wordt de vraag gesteld of uit het bewijsmateriaal kan worden afgeleid dat [slachtoffer 3] daadwerkelijk tot de tegenpartij behoorde en geconcludeerd dat dat niet het geval is.

9.4 Het Hof heeft daarop overwogen (rov. 5.4.8) dat [slachtoffer 3] als beschermd persoon moet worden aangemerkt en daarbij verwezen naar de bewijsmiddelen 11-16.

9.5 Uit de bewijsmiddelen volgt dat het regime dat de verdachte diende, vooral de controle had over de grote steden en de directe omgeving daarvan, terwijl een groot deel (genoemd is 80%) van het platteland in handen van de Mujaheddien was. Die Mujaheddien bestonden overigens uit verschillende strijdgroepen, waaronder die van Ahmad Shah Massoud en Jamiat Islami.

Op de dag van zijn arrestatie had [slachtoffer 3], die in overheidsdienst werkte, een afspraak met een ander lid van de oppositionele SAMA-groepering. Hij werd samen met anderen gearresteerd en langdurig gemarteld omdat hij ervan werd verdacht betrokken te zijn bij SAMA(36) en de Jamiat-Islami partij (bewijsmiddel 11). De familie van [slachtoffer 3] verbleef in het gebied dat onder controle was van de Mujaheddien. [slachtoffer 3] was ook sympathisant van de Mujaheddien (de Jamit-Islami partij) en droeg hun gedachtegoed uit (bewijsmiddelen 13 en 15). Hij was strijder voor de Mujaheddien en heeft naar Nasim meent te weten, eerder ook daadwerkelijk meegevochten (bewijsmiddel 16).

9.6 Het enkele feit dat het doden etc. van iemand die tot dezelfde partij behoort, geen oorlogsmisdrijf oplevert, betekent nog niet dat ten aanzien van het slachtoffer zou moeten komen vast te staan dat het "daadwerkelijk geïncorporeerd was" in de tegenpartij, wat onder dat geïncorporeerd zijn ook zou moeten worden verstaan in een geval als dit, waarin verschillende oppositionele (strijd)groepen in los verband of soms naast elkaar opereren. (37) Ik heb die eis niet kunnen vinden in het Commentaar op de Geneefse Verdragen(38) of in andere literatuur. Wel degelijk is in gemeenschappelijk art. 3 en het Aanvullend Protocol II ook en voor zover ik zie zelfs in de eerste plaats de bescherming van burgers beoogd. Wel moet er een zekere band zijn met het interne conflict (39), maar dat daarvan sprake was, is gelet op de gebruikte bewijsmiddelen duidelijk.

9.7 Gelet op een en ander geeft 's Hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het ook niet onbegrijpelijk is. Tot een nadere motivering was het niet gehouden.

9.8 Het middel is tevergeefs voorgesteld.

10.1 Het vijfde middel behelst de klacht dat het Hof heeft verzuimd (ambtshalve) vast te stellen dat de aan verdachte toekomende immuniteit als (toenmalig) gezagsdrager in Afghanistan ertoe moet leiden dat het Openbaar Ministerie in verband met het ontbreken van rechtsmacht niet-ontvankelijk wordt verklaard in de vervolging van verdachte. Het middel beroept zich op art. 8 Sr. In de toelichting wordt gesteld dat het Hof een en ander had moeten onderzoeken, waarmee mogelijk ook is bedoeld dat het Hof van een zodanig onderzoek had moeten doen blijken.

10.2 Vooropgesteld dient te worden dat het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep niet inhoudt dat de verdediging ter zake verweer heeft gevoerd. Een klacht dienaangaande kan niet voor het eerst in cassatie worden gedaan, omdat voor een onderzoek daarvan mede een feitelijk onderzoek noodzakelijk is. Het Hof hoefde, anders dan het middel blijkbaar voorstaat, bij gebreke van een verweer niet te doen blijken dat het heeft onderzocht of de verdachte immuniteit genoot.

Over de kwestie van de immuniteit merk ik niettemin voor de goede orde nog het volgende op.

10.3 Art. 8 Sr bepaalt dat de toepasselijkheid van de art. 2-7 wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend. Zoals hiervoor onder 6.13 opgemerkt heeft deze bepaling het oog op de immuniteit van bepaalde personen, zoals diplomaten.

Ook uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WIM blijkt dat het, net als in art. 8 Sr, gaat om zodanige uitzonderingen. In zoverre is de - later inwerkinggetreden - WIM van belang dat de wetsgeschiedenis aanknopingspunten levert voor wat naar het oordeel van de wetgever ook daarvoor volkenrechtelijk geacht moet worden te hebben gegolden voor de toepassing van art. 8 Sr.

10.4 Art. 16 WIM luidt als volgt:

"Strafvervolging voor een der in deze wet omschreven misdrijven is uitgesloten ten aanzien van:

a. buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij als zodanig in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend;

b. personen die over immuniteit beschikken op grond van enig verdrag dat binnen het Koninkrijk voor Nederland geldt."

10.5. Bij de in art. 16 WIM neergelegde erkenning van immuniteit voor buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken heeft de wetgever acht geslagen(40) op een op 14 februari

2002 door het Internationaal Gerechtshof gewezen arrest in de zaak van de Democratische Republiek Congo tegen België betreffende de Congolese minister van buitenlandse zaken, Abdulaye Yerodia Ndombasi, tegen wie op basis van universele rechtsmacht een aanhoudingsbevel was uitgevaardigd door een Belgische onderzoeksrechter.(41) Het Hof oordeelde dat zittende ministers van buitenlandse zaken op grond van internationaal gewoonterecht strafrechtelijke immuniteit genieten. Reden hiervoor is gelegen in het feit dat het functioneren van ministers van buitenlandse zaken in het belang van een ordelijke communicatie tussen staten anders onmogelijk zou worden.

Een en ander geldt mutatis mutandis ook voor staatshoofden en regeringsleiders.(42)

10.6 Aangenomen kan worden dat bij de huidige stand van zaken staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken op grond van het volkenrecht immuniteit genieten voor handelingen die zij tijdens en uit hoofde van hun functie hebben verricht; of en in hoeverre dat ook voor voormalige staatshoofden etc. geldt, is minder zeker. Zoals opgemerkt is de ratio van deze immuniteit in het bijzonder dat daarzonder het onderhouden van normale internationale betrekkingen zou worden belemmerd. Dit laatste geldt uiteraard niet voor een voormalig hoofd van een militaire inlichtingendienst.

10.7 Uit de bewijsmiddelen in de onderhavige zaak kan worden opgemaakt dat verdachte de functie vervulde van hoofd van de militaire inlichtingendienst/veiligheidsdienst, de KhAD-e-Nezami, en tevens onderminister van Staatsveiligheid (WAD) was. Immuniteit strekt zich niet uit tot een onderminister,(43) laat staan tot een onderminister van staatsveiligheid.

10.8 In het middel wordt de stelling betrokken dat op grond van het volkenrecht immuniteit bestaat voor gezagsdragers van een vreemde mogendheid - waarmee kennelijk ook wordt bedoeld op voormalige gezagsdragers - voor wat betreft in de hier relevante periode gepleegde oorlogsmisdrijven.(44) Het middel heeft het oog op de zogenaamde functionele immuniteit, kort gezegd inhoudende dat in beginsel handelingen van een overheidsdienaar in zijn officiële functie verricht, worden toegerekend aan de staat in wiens dienst hij is opgetreden, zodat niet hij, maar alleen die staat aansprakelijk kan worden gehouden voor enige schending van het internationale recht. In het middel wordt toegegeven dat een uitzondering op dat beginsel geldt voor internationale misdrijven, maar dat was, als ik het goed begrijp naar het oordeel van de verdediging in de tachtiger jaren van de vorige eeuw nog niet het geval.

Die opvatting is onjuist. Direct na de Tweede Wereldoorlog beschermde het beginsel van functionele immuniteit de betrokken verdachten al niet tegen een individuele aansprakelijkheidstelling ter zake van oorlogsmisdrijven etc.(45)

10.9 Het in het bestreden arrest besloten liggende oordeel van het Hof dat de verdachte geen immuniteit toekwam, geeft niet blijk van een onjuiste opvatting en is niet onbegrijpelijk.

10.10 Het middel faalt dus.

11.1 Het zesde middel strekt ertoe dat het Hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd het verweer heeft verworpen dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging moet worden verklaard wegens schending van het in art. 6 EVRM besloten liggende beginsel van 'equality of arms' en/of wegens onvoldoende gelegenheid voor verdachte en zijn raadslieden om de verdediging voor te bereiden.

11.2 Het Hof heeft het desbetreffende verweer als volgt samengevat en daaromtrent overwogen:

"Bespreking van de overige verweren

6.1 Door de verdediging is aangevoerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in zijn vervolging dient te worden verklaard, dan wel dat bewijsmateriaal op grond van onrechtmatige verkrijging dient te worden uitgesloten. De verdediging heeft daartoe de navolgende argumenten aangevoerd die hieronder zakelijk zijn weergegeven:

(...)

c. het beginsel van equality of arms, als vervat in artikel 6 EVRM is geschonden doordat de verdediging onvoldoende tijd en faciliteiten heeft gehad om de verdediging voor te bereiden.

(...)

6.4. Anders dan door de verdediging onder c) gesteld is het hof van oordeel dat de verdediging in de onderhavige strafzaak voldoende tijd en mogelijkheden heeft gehad de verdediging voor te bereiden. Het hof stelt in dit verband voorop dat het proces tegen deze verdachte naar de regels van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering en overige relevante Nederlandse regelgeving dient te worden gevoerd. Daaraan kan niet afdoen dat er behoudens de aanwezigheid van de verdachte, een medeverdachte en enige getuigen hier te lande vrijwel geen feitelijke aanknopingspunten voor waarheidsvinding in Nederland voorhanden zijn. Ook verder in dit arrest (46) wordt overigens ingegaan op de complicaties die met die constatering samenhangen. De omstandigheid dat in het buitenland en met name in Afghanistan nader onderzoek verricht diende te worden, brengt nog niet mee

dat aan de verdediging in een zaak als de onderhavige extra faciliteiten -zoals wellicht mogelijk in andere landen en bij berechting door internationale gerechten- buiten en/of in afwijking van de Nederlandse regelgeving dienden te worden verleend. Naar het oordeel van het hof heeft de verdediging in de nu ruim twee jaar durende zaak voldoende mogelijkheden gehad onderzoekswensen naar voren te brengen en - afhankelijk van toetsing door rechtbank en hof aan de hand van wettelijke criteria - kunnen realiseren. Ter terechtzitting van de rechtbank zijn enkele getuigen gehoord, door de rechter-commissaris zijn zowel in eerste aanleg als in hoger beroep vele getuigen, in een enkel geval zelfs in beide instanties, gehoord, in het bijzonder ook -bij een viertal rogatoire commissies- in Afghanistan. De verdediging heeft op een enkele uitzondering na daarbij de nodige inbreng gehad. Niettemin heeft de verdediging ook in hoger beroep gesteld dat er onvoldoende tijd en gelegenheid was in Afghanistan verhoren voor te bereiden en mogelijk ontlastend verklarende personen als getuigen te horen en te presenteren. Het hof onderkent weliswaar dat de omstandigheden waaronder personen in Afghanistan gehoord werden niet optimaal waren, maar volgt de verdediging in zoverre niet dat naar zijn oordeel niet gezegd kan worden dat de verdediging de door de rechter-commissaris afgenomen verhoren in onvoldoende mate heeft kunnen voorbereiden. Voorts is naar het oordeel van het hof de verdediging, aan de hand van de aan de verdachte (thans) in het bijzonder verweten gedragingen en de in dat verband ook door de verdachte zelf aan te duiden personen voldoende in staat geweest, mede met behulp van aan de verdediging in eerste aanleg toegewezen extra middelen, relevante en mogelijk ontlastend verklarende getuigen te presenteren.

6.5. Gezien het hiervoor overwogene is het hof van oordeel dat door opsporingsambtenaren en/of het openbaar ministerie geen inbreuk is gemaakt op enig beginsel van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove schending van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekort gedaan; evenmin is sprake geweest van onrechtmatige bewijsgaring. Ook overigens is in de onderhavige zaak tegen de verdachte naar het oordeel van het hof sprake geweest van een 'fair trial'."

11.3 Het verweer strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging. Bij de beoordeling daarvan heeft het Hof de juiste maatstaf toegepast.(47)

Naar het Hof heeft onderkend waren er diverse complicaties in deze zaak. Die leverden in het algemeen en zeker ook voor de verdediging belemmeringen op bij het uitvoeren van haar taak. Behoudens de aanwezigheid in Nederland van de verdachte, een medeverdachte en enkele getuigen, bevonden de feitelijke aanknopingspunten voor waarheidsvinding (en andere getuigen) zich in Afghanistan. Daardoor is het onderzoek en ook de uitvoering van de taak van de verdediging bemoeilijkt.

Het Hof heeft niettemin geoordeeld dat de verdediging voldoende mogelijkheden heeft gehad onderzoekswensen naar voren te brengen en deze te doen realiseren. Ter terechtzitting van de Rechtbank zijn getuigen gehoord, door de Rechter-Commissaris zijn zowel in eerste aanleg als in hoger beroep getuigen gehoord en hebben een viertal rogatoire commissies in Afghanistan plaatsgevonden. Hierbij heeft de verdediging naar het Hof heeft vastgesteld, inbreng gehad en voldoende tijd om de verhoren door de Rechter-Commissaris voor te bereiden. Gelet op die feitelijke en niet onbegrijpelijke vaststellingen van het Hof en in aanmerking genomen dat niet is aangevoerd of aannemelijk is geworden dat het aan het Openbaar Ministerie of aan de politie te wijten is geweest dat bedoelde moeilijkheden voor de verdediging zich hebben voorgedaan, heeft het Hof het verweer, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting op toereikende gronden verworpen.

11.4 Gelet op het voorgaande ten overvloede merk ik nog het volgende op. Het ging de verdediging, afgaande op de pleitnota, er om dat zij zelf wederom in Afghanistan op zoek wilde gaan naar mogelijk ontlastend bewijsmateriaal of naar gegevens die aan de al ter beschikking staande getuigen zouden kunnen worden voorgehouden.

Weliswaar is

(i) de dochter van de verdachte in overleg met en ten behoeve van de verdediging naar Afghanistan gegaan, waarbij haar vliegticket door de Nederlandse staat is betaald, en heeft zij daar twee weken verbleven en inlichtingen ingewonnen en heeft

(ii) de raadsman toen hij in het kader van een rogatoire commissie in Afghanistan was, een vrije dag benut om een aantal (negen) van de door die dochter gevonden personen samen met haar te interviewen, naar aanleiding waarvan onder meer

(iii) bij brief van 13 januari 2006 aan de Rechter-Commissaris is verzocht een aantal getuigen te horen.

Maar naar haar oordeel heeft de verdediging over het geheel genomen te weinig gelegenheid gehad het gewenste onderzoek te verrichten; daarvoor had zij dus zelf nog een keer naar Afghanistan moeten kunnen afreizen en had de Nederlandse regelgeving in een vergoeding van de kosten moeten voorzien.

11.5. Voor wat betreft de vraag waar het de verdediging materieel nu eigenlijk om ging verdient in de eerste plaats opmerking dat bij pleidooi is aangevoerd dat veel van de bovengenoemde verklaringen/interviews in hoger beroep geen rol meer speelden, omdat de verdachte van de desbetreffende feiten door de Rechtbank al was vrijgesproken.

Uit het vervolg van de pleitnota blijkt dat de verdediging in het bijzonder de juistheid van de stelling wilde onderzoeken dat bij de militaire Khad als regel werd gemarteld (dat zou onder het bewind van [verdachte 1] nu juist niet het geval zijn geweest), terwijl naar haar oordeel daarnaast de Russen toentertijd een zodanig dominante rol in Afghanistan speelden, dat van een verantwoordelijkheid van de verdachte voor wat is gedaan door leden van de door hem geleide Khad geen sprake was. Die kwestie kan van belang zijn voor het antwoord

op de vraag of kan worden gezegd dat verdachte opzettelijk heeft toegelaten dat zijn ondergeschikte(n) de martelingen pleegden, zoals art. 9 WOS eist.

11.6 In het algemeen gesproken kan uiteraard de vraag worden opgeworpen of de Nederlandse regelgeving, ook voor zover het gaat om vergoeding van kosten, voldoende is toegesneden op een bijzonder strafproces als het onderhavige, maar in deze concrete zaak is er mijns inziens onvoldoende grond om te stellen dat sprake was van strijd met het beginsel van "equality of arms".

Dat beginsel is een facet van het bredere concept "fair trial". De verdachte heeft ingevolge art. 6, derde lid onder d, EVRM het recht op de aanwezigheid en het horen van zijn getuigen onder dezelfde voorwaarden als de getuigen à charge. Hoewel het in de regel aan het nationale gerecht is om te bepalen of bepaalde door de verdediging opgegeven getuigen moeten worden gehoord, kan de weigering om dat te doen onder omstandigheden in strijd zijn met het beginsel van equality of arms.(48) Dat beginsel eist kort gezegd een "fair balance" tussen de partijen: iedere partij moet een redelijke gelegenheid worden verschaft om zijn zaak naar voren te brengen onder omstandigheden die hem niet op achterstand zetten ten opzichte van de wederpartij. Hier wordt echter niet geklaagd over het afwijzen van verzoeken om getuigen of deskundigen op te roepen en te horen maar daarover dat de verdediging niet, althans niet in voldoende mate, in staat is geweest (de gegevens van) mogelijke getuigen op het spoor te komen; als dat wel het geval zou zijn geweest zouden, zo begrijp ik het betoog, ingeval relevante getuigen zouden zijn gevonden, deze als zodanig zijn opgegeven.

Wat in het middel wordt gesteld ("Een echte verdedigingsmogelijkheid heeft de verdediging niet gehad"), moet in lijn met het gevoerde verweer verder aldus worden begrepen, dat de raadslieden van oordeel zijn onvoldoende gelegenheid te hebben gehad voor de voorbereiding van de verdediging (art. 6, derde lid sub b, EVRM).

De staat zal moeten bevorderen dat die gelegenheid bestaat. De vraag is echter of die verplichting ook betrekking heeft op de hier in het geding zijnde "voorfase" - de door de verdediging genoemde activiteiten met het gestelde doel - en wat die verplichting dan zoal inhoudt. In het algemeen kan de staat uiteraard niet veel doen aan eventuele belemmeringen die de veiligheidssituatie in Afghanistan oplevert. Maar ook voor zover voor de verdediging het verschaffen van naar haar oordeel voldoende financiële middelen bepalend is, meen ik dat in het kader van laatstgemelde bepaling (en van art. 6, derde lid sub c, EVRM) de verplichting van de staat in ieder geval niet zover gaat dat hij in de omstandigheden van een geval als dit gelden ter beschikking behoort te stellen uitsluitend met het oog op de mogelijkheid dat de verdediging nieuwe relevante getuigen op het spoor komt die alsnog kunnen worden gehoord.(49) Zeker niet indien in aanmerking wordt genomen wat hiervoor onder 11.4 is opgemerkt.

11.7 Bij het voorgaande komt nog dat voor wat betreft de onder 11.5 bedoelde punten die de verdediging nader wenste te onderzoeken - de algemene handelwijze van leden van de Khad bij verhoren en de positie van de verdachte als leider van die dienst in relatie tot de Russische adviseurs - naast vele getuigen ook de deskundige dr. A. Giustozzi niet alleen rapporten heeft uitgebracht, maar ook door de Rechter-Commissaris in het bijzijn van de raadslieden is gehoord. Desgewenst had de verdediging een verzoek kunnen doen om harerzijds een andere deskundige op te roepen en te doen horen. Het hof heeft zich dus niet alleen verlaten op wat in meerdere of mindere mate betrokken getuigen hebben verklaard over wat zij hebben ondervonden en wat zij wisten van de verhoudingen binnen de Khad en van de bevelslijnen.

Dit alles in aanmerking genomen wekt ook de slotsom van het Hof dat er in casu zijns inziens sprake is geweest van een fair trial, geen bevreemding.(50)

11.8 Het middel kan niet tot cassatie leiden.

12.1 Het zevende middel bevat de klacht dat het Hof ten onrechte de door [slachtoffer 1] afgelegde verklaringen voor het bewijs van het onder 2. ten laste gelegde feit heeft gebezigd, terwijl de verdediging niet de gelegenheid heeft gehad deze getuige te (doen) ondervragen en het Hof stilzwijgend voorbij is gegaan aan het verweer dat de verdediging [slachtoffer 1] niet heeft kunnen ondervragen.

12.2 Uit de aan het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 13 december 2006 gehechte pleitnota volgt dat de raadslieden met een beroep op jurisprudentie van het EHRM hebben geklaagd dat zij de getuige à charge [slachtoffer 1] niet hebben kunnen (doen) ondervragen. Dit verweer kende een voorwaardelijk karakter, nu de mogelijkheid nog bestond dat de getuige alsnog in Pakistan of Nederland zou worden gehoord, zoals de raadslieden in hun pleitnota hebben aangegeven.(51)

12.3 Blijkens de processen-verbaal van de terechtzittingen van 3 en 17 mei 2006 had het Hof het verzoek van de verdediging tot het horen van deze getuige toegewezen. Weliswaar was de getuige al door de Rechter-Commissaris gehoord, maar het Hof was van oordeel dat, gelet op de omstandigheid dat de verdediging haar ondervragingsrecht niet had kunnen effectueren, het verzoek moest worden toegewezen. Nadat een eerder geplande rogatoire commissie naar Pakistan op het laatste moment geen doorgang had kunnen vinden, heeft het Hof, zo volgt uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 4 december 2006, de Rechter-Commissaris alsnog verzocht op uiterlijk 11 januari 2007 onder meer [slachtoffer 1] te horen.

12.4 Het proces-verbaal van de terechtzitting van 15 januari 2007 houdt in:

"De voorzitter deelt -zakelijk weergegeven- mede:

na de zitting van 13 december 2006 zijn bij het hof verscheidene stukken met betrekking tot de rogatoire commissie naar Afghanistan van begin deze maand binnengekomen, waarvan het hof kennis heeft kunnen nemen. Ik begrijp van mr. Pestman dat de verdediging deze stukken tevens heeft ontvangen, alsmede de nadere medische rapportage van [slachtoffer 3] en het proces-verbaal van 4, 11 en 13 december 2006. Kort voor de zitting heeft het hof nog een aanvullend proces-verbaal gedateerd 11 januari 2007 van de rechter-commissaris ontvangen.

Het proces-verbaal wordt door de griffier aan de verdediging overhandigd.

De voorzitter deelt voorts -zakelijk weergegeven- mede:

Bij pleidooi heeft de verdediging op 13 december 2006 een verweer gevoerd met betrekking tot het recht van de verdediging de getuige [slachtoffer 1] vragen te stellen omtrent diens eerdere verklaringen. Blijft de verdediging bij dit verweer gelet op de laatste rogatoire commissie naar Afghanistan?

Mr. Pestman deelt hierop -zakelijk weergegeven- mede:

Het verweer wordt genuanceerd. Mijn collega Pauw zal hier later op terugkomen. We hebben het recht kunnen effectueren, dus in die zin vervalt het verweer. Het zal echter worden vervangen door een ander verweer. Zoals u waarschijnlijk niet zal verbazen kan naar het oordeel van de verdediging, gelet op de betrouwbaarheid van deze getuige, weinig waarde worden gehecht aan zijn verklaringen. Maar voorzover [slachtoffer 1] is ondervraagd vervalt het verweer zoals verwoord in de pleitnotitie (...)."

Zowel de Advocaat-Generaal bij repliek (52) als de verdediging, bij monde van mr. Pauw, bij dupliek (53) heeft gerefereerd aan de laatste rogatoire commissie in Afghanistan, waarbij getuige [slachtoffer 1] in het bijzijn van de verdediging is gehoord en de raadsman heeft bij dupliek de laatste verklaring van [slachtoffer 1] becommentarieerd.

12.5 Aangezien de verdediging het ondervragingsrecht voor wat betreft de getuige [slachtoffer 1] wel heeft kunnen effectueren(54) en aanvullend ter terechtzitting van 15 januari 2007 heeft medegedeeld dat het verweer als vervallen moet worden beschouwd, missen de klacht dat het Hof niet heeft gereageerd op het desbetreffende verweer en de klacht dat de verklaringen van [slachtoffer 1] op de aangegeven grond niet voor het bewijs hadden mogen worden gebruikt, feitelijke grondslag, zodat het middel niet tot cassatie kan leiden.

13. De middelen falen en kunnen mijns inziens in ieder geval voor wat betreft de middelen 5, 6 en 7 met de aan art. 81 RO te ontnemen korte motivering worden afgedaan.

14. Gronden die de Hoge Raad aanleiding zouden behoren te geven van zijn bevoegdheid tot ambtshalve vernietiging gebruik te maken, heb ik niet aangetroffen.

15. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

1 In de bewezenverklaring staat het jaartal 1999 vermeld, maar gelet op de tenlastelegging moet dit 1990 zijn.

2 Wet van 10 juli 1952, Stb. 408.

1 Het hof gaat in het navolgende voorbij aan het (juridische) onderscheid dat naar Nederlands recht tussen deze beide gedragingen moet worden gemaakt.

2 Het hof beperkt zich in zijn verwijzingen naar de Geneefse verdragen tot het Vierde verdrag, betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd. Het hof laat daarbij in het midden of dit verdrag eerder toepassing verdient dan het eerste (voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken bij de strijdkrachten te velde) of het derde verdrag (betreffende de behandeling van krijgsgevangenen).

3 TK 1986-1987, 20 042, nr 3, p. 6.

4 TK 2001-2002, 28 337, nr. 3 p. 17/18.

3 Ook wel aangeduid als de Rode Kruis verdragen. Verder zal worden gesproken van de Geneefse verdragen en van het gemeenschappelijk art. 3.

4 Trb. 1951, nrs 72-75.

5 Zie bijvoorbeeld Commentary IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, onder redactie van Jean S. Pictet (International Committee of The Red Cross), 1958, blz. 26 e.v.

6 Zie ook Additional protocol II betrekking hebbende op niet-internationale gewapende conflicten (Trb. 1978, 42). Het vult gemeenschappelijk art. 3 aan zonder de voorwaarden voor toepassing ervan te veranderen. Het houdt in art. 4 ook de verboden handelingen in die in deze zaak aan de orde zijn.

7 Zogenaamde secundaire universele rechtmacht, dat wil zeggen voor zover de betrokkene wordt aangetroffen op het grondgebied van de universele rechtmacht uitoefenende staat.

8 Zie ook G. Mettraux, "Dutch Courts' universal jurisdiction over violations of common article 3 qua war crimes", Journal of International Criminal Justice, 2006, blz. 362 e.v., in het bijzonder blz. 368, waarbij de

schrijver er echter blijkbaar van uitgaat dat in het nationale recht geen bepaling als art. 3 WOS bestaat.

9 Zonder de in het eerste, het tweede, onderscheidenlijk derde lid van art. 1 WOS gestelde beperkingen. Die hielden in dat de bepalingen van de wet (slechts) van toepassing waren in geval van oorlog, van een gewapend conflict niet zijnde een oorlog, waarbij Nederland was betrokken etc., maar een en ander, een "weeffout" in de WOS, kan hier verder, na bedoelde beschikking van de Hoge Raad, waarin is uiteengezet hoe art. 1 WOS moet worden opgevat, buiten beschouwing blijven.

10 Zie bijvoorbeeld R. van Elst, De zaak Darco Knesevic: rechtsmacht over Joegoslavische en andere buitenlandse oorlogsmisdadigers, NJB 1998, blz. 1587 e.v.; J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orie, Internationaal strafrecht vanuit Nederlands perspectief, 3e dr. blz. 390; Van den Bosch, c.s, Militair straf- en tuchtrecht, aantek. 4 op art. 3 WOS (supplement 43, Van Sliedregt); idem N. Keijzer, aantek. 3 bij art. 8 WOS (supplement 15), en de - instemmende - noot van H. van der Wilt onder de beschikking in MRT 1998, blz. 216-221.

11 Volgens het standpunt van de verdediging is daarvoor het ongeschreven volkenrecht beslissend dat, als ik het goed begrijp, eerst niet, maar vanaf een bepaald tijdstip wel in het vereiste volkenrechtelijk mandaat voor het vestigen van universele rechtsmacht voor delicten als de onderhavige zou voorzien.

12 Die opvatting vindt men ook in de conclusie van de toenmalige A-G Van Dorst voor HR 22 oktober 1996, NJ 1998, 462 (Knesevic I). Dat dit ook naar de (constante) opvatting van de wetgever het geval was volgt niet alleen uit de parlementaire geschiedenis van de WOS, aangehaald in de beschikking van de HR uit 1997, maar ook uit die van de Uitvoeringswet folteringverdrag (Wet van 29 september 1988, Stb. 478. Zie Kamerstukken II, 1986-1987, 20042, nr 3, blz. 3-4, 6 en 8.

13 Wet van 19 juni 2003, Stb. 2003, 270. Zie Kamerstukken II, 2001-2002, 28 337, nr. 3, blz. 16.

14 Rov 4.4.1 e.v.

15 Kamerstukken II, 1977-1978, 15 049 (R 110, nr. 3, blz. 12, 13). Zie bijvoorbeeld ook Nader rapport aan de Koningin blz. 23. 16 Kamerstukken I, 15 049 (R 1100, (nr. 19, blz. 1,2).

17 Zo oordeelde indertijd ook de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke vraagstukken. Zie verder over de keuze rechter of wetgever bijvoorbeeld Röling, Het volkenrecht en het nationale strafrecht, T.v.Sr, 1963, blz. 383 e.v., die althans bij de toenmalige stand van zaken meende dat, gelet op de onzekerheid over de inhoud van met name het ongeschreven volkenrecht, de wetgever meer gekwalificeerd was om de inhoud daarvan correct te bepalen dan de strafrechter.

18 Smidt I, blz. 135. Zie ook reeds A.E. Bles, Enige opmerkingen betreffende art. 8 Wetboek van Strafrecht, T.v.Sr. 1893, blz. 423-427.

19 Op dit punt was en is ook tegenwoordig - naast immuniteiten die in verdragen zijn vastgelegd - ten dele nog sprake van volkenrechtelijk gewoonrecht.

20 Zie NLR op art. 8. In aantek. 4 wordt nog gewezen op het naast het persoonlijke recht bestaande "plaatselijk recht van exterritorialiteit" voor te gast zijnde vreemde oorlogsschepen en vreemde legeronderdelen. Soms is die materie in een apart verdrag geregeld, zoals in het Navo-statusverdrag.

21 Kamerstukken II, 1951-1952, 2258, nr. 5, blz. 12.

22 De zinsnede in art. 3 WOS "Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht (..) bepaalde" zal met name zien op de in art. 8 Sr bedoelde immuniteiten voor bepaalde personen. Zie verder ook wat naar aanleiding van het vijfde middel zal worden opgemerkt.

23 Kamerstukken II, 2001-2002, 28337, nr. 3 blz. 19-23 en 51.

24 HR 11 november 1997, NJ 1998, 463, rov. 6.3.

25 Precies het geval waarin de grondwetgever niet wilde dat de rechter wel aan zodanig, voor het Koninkrijk niet in werking getreden, verdrag zou toetsen (zie hiervoor onder 6.10).

26 Zie Ruth A. Kok, Statutory Limitations in International Criminal Law, 2007, blz. 36, 37 en 380. Daarin wordt beschreven hoe de kwestie van de niet-verjaarbaarheid een zaak van de nationale wetgevers is geweest. In de loop der tijden gingen steeds meer landen ertoe over verjaring voor deze feiten uit te sluiten (Denemarken was in de veertiger jaren de eerste). Zij is van oordeel dat pas in het begin van de 21e eeuw van een (algemene) rechtsovertuiging kan worden gesproken dat feiten als de onderhavige niet behoren te verjaren.

27 Als ik het goed begrijp sluit de verdediging niet uit dat zulks onder de gelding van dezelfde WOS na 1985, althans voor toen nog niet voltooide verjaringen anders is geworden, maar in ieder geval was dat in de relevante periode haars inziens niet het geval.

28 Kamerstukken II, 1968-1969, 10 251, nr. 3, blz. 6 l.k. en nr. 7, blz. 3 r.k.

29 Of beter: vanaf 1955 toen de vier verdragen voor Nederland van kracht werden.

30 Trb. 1985, 69.

31 Zie ook de beschouwing in de M.v.T. op de WIM: Kamerstukken II, 2001-2002, 28 337, nr. 3, blz. 47.

32 Zoals eerder opgemerkt, de "grave breaches", alleen van toepassing in internationale gewapende conflicten, waarbij de verplichting tot strafbaarstelling met zoveel woorden is omschreven.

33 J.R.G. Jofriet, Handboek strafzaken, internationale misdrijven [71-9]-3 (april 2006).

34 N. Keijzer in: Van den Bosch c.s, Handboek van militair straf- en tuchtrecht, aantek. 3 op art. 8 WOS (suppl. 20; september 1998.

35 Daarbij is onder meer verwezen naar A. Casese, "International criminal law", 2003, blz. 117.

36 Ter zake daarvan is [slachtoffer 3] uiteindelijk ook veroordeeld tot 17 jaar gevangenisstraf.

37 In de pleitnota wordt onder verwijzing naar niet nader genoemde jurisprudentie en literatuur gesteld dat de betrokkene geïncorporeerd moet zijn in het leger van de vijand.

38 Integendeel. Ik citeer: "Article 3 has an extremely wide field of application and covers members of the armed forces as well as persons who do not take part in the hostilities. In this instance (dat is in het kader van het vierde

verdrag, C.B.), however, the Article naturally applies first and foremost tot civilians- that is to people who do not bear arms" (Commentary IV Geneva Convention, blz. 40). Zie ook M.C. Bassiouni en P. Nanda, "A treatise of on international criminal law, 1973 dl. I, blz. 372 e.v. over de minimum gedragsregels die art. 3 stelt. M.C. Bassiouni, International Criminal Law, 1999, deel I (Crimes) M. Veuthey blz. 417-438 "Non-international armed conflict and guerilla warfare".

39 A. Cassese, "International criminal law", 2003, blz. 49.

40 Zie in dit verband ook R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, "Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen", NJB 2002, afl. 35, blz. 1749, 1750.

41 ICJ 14 February 2002, Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), General List No. 121.

42 Kamerstukken II, vergaderjaar 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 20.

43 Kamerstukken II, vergaderjaar 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 14.

44 Het middel beroept zich op een passage uit hoofdstuk 3 van de dissertatie van Van Alebeek betrekking hebbende op de functionele immuniteit. Vgl. echter ook Van Alebeek, The immunity of States and their officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law, 2006, hoofdstuk 5. Voor internationale misdrijven geldt een uitzondering.

45 Zoals blijkt uit de vervolgingen en veroordelingen in Neurenberg en Tokio. Zie bijvoorbeeld A.Cassese, International Criminal law, 2003, blz. 264 e.v, in het bijzonder blz. 265-267. M.Ch. Bassiouni, International Criminal Law dl. III, 1999, blz. 142 en 143 (ten aanzien van de onzekerheid voor zover het betreft staatshoofden en diplomaten).

46 Hier doelt het Hof kennelijk op overweging 10.1, waarin het de problemen die zich met betrekking tot het onderzoek en de waarheidsondervinding hebben voorgedaan schetst, met als conclusie dat bij de waardering van het bewijsmateriaal een hoge mate van behoedzaamheid geboden is. Verdachte is onder 3 voor feiten die zouden zijn begaan tegen anderen dan [slachtoffer 3] ook vrijgesproken.

47 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, rov. 3.6.5.

48 Zie bijv. EHRM 6 mei 1985, A 92, NJ 1989, 385 (Bönisch); EHRM 22 april 1992, A 235 (Vidal v. België) en meer recent EHRM 12 juli 2007, nr. 74613/01 (Jorgic v. Germany), een zaak van genocide in het Joegoslavische conflict, waar ook de nodige moeilijkheden bestonden ten aanzien van de bewijsgaring in het buitenland, zij het niet in dezelfde mate als in de onderhavige zaak. Van Dijk-Van Hoof, Theory and practice of the European Convention on human rights, 2006, blz. 580-584.

49 Zie voor een uiteenzetting over art. 6, derde lid onder b, EVRM Harris, O'Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human rights, 1995 blz. 254-256. Van Dijk-Van Hoof, a.w. 634-636 en voor wat betreft the free legal assistance "when the interests of justice so require" blz. 642-644.

50 Zoals reeds is opgemerkt is over dat oordeel ook niet geklaagd. Het middel beperkt zich tot 's Hofs verwerping van het verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring.

51 Zie de nrs. 178-188 - in het bijzonder nr. 180 - van de pleitnota in hoger beroep, welk pleidooi is gevoerd op de terechtzitting van 13 december 2006.

52 Zie p. 18 van de repliek, gevoerd ter terechtzitting van 15 januari 2007.

53 Zie p. 2-5 van de dupliek, gevoerd ter terechtzitting van 15 januari 2007.

54 Een deel van zijn op 7 januari 2007 afgelegde verklaring is ook voor het bewijs gebruikt (bewijsmiddel 48).