

LJN: BC7421, Hoge Raad , 07/10064

Datum uitspraak: 08-07-2008
Datum publicatie: 08-07-2008
Rechtsgebied: Straf
Soort procedure: Cassatie
Inhoudsindicatie: Nemo tenetur-beginsel. Hoge Afghaanse militair in dienst van de Afghaanse veiligheidsdienst die als asielzoeker zijn toevlucht in NL heeft gezocht en hier is vervolgd en berecht t.a.v. het in 1979 en in de jaren '80 in Kabul (deelnemen aan) martelen van een aantal Afghaanse onderdanen. HR: Het middel klaagt over de verwerping van het verweer dat het OM heeft gehandeld in strijd met het in art. 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel alsmede met het in art. 8 EVRM gewaarborgde recht op privacy door i.c. gebruik te maken van de verklaringen die verdachte bij de IND heeft afgelegd. Op de gronden die zijn vermeld in de conclusie van de waarnemend A-G kan het middel niet tot cassatie leiden.

Uitspraak

8 juli 2008
Strafkamer
nr. 07/10064

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 29 januari 2007, nummer 22/006132-05, in de strafzaak tegen:

[Verdachte 2], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1946, ten tijde van de betekening van de aanzegging gedetineerd in de Penitentiaire Inrichting Utrecht, locatie "Wolvenplein".

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 "medeplegen van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog terwijl het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een persoon, meermalen gepleegd" en "medeplegen van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog terwijl het feit geweldpleging met verenigde krachten inhoudt en zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft" veroordeeld tot negen jaren gevangenisstraf.

2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. G.G.J. Knoops, 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.

2.2. De Hoge Raad heeft kennisgenomen van het schriftelijk commentaar van de raadsman op de conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal.

3. Beoordeling van het zevende middel

3.1. Het middel klaagt over de verwerping door het Hof van het verweer dat het Openbaar Ministerie heeft gehandeld in strijd met het in art. 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel alsmede met het in art. 8 EVRM gewaarborgde recht op privacy door in de onderhavige strafzaak gebruik te maken van de verklaringen die de verdachte bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst heeft afgelegd.

3.2. Op de gronden die zijn vermeld in de aan dit arrest gehechte conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal onder 14 kan het middel niet tot cassatie leiden.

4. Beoordeling van de overige middelen

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dat 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.

5. 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.

6. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Dit arrest is geweest 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. 07/10064

Mr. Bleichrodt

Zitting 18 maart 2008

Conclusie inzake:

[Verdachte 2]

1. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 29 januari 2007 de verdachte ter zake van "medeplegen van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, terwijl het feit inhoudt geweldpleging met verenigde krachten tegen een persoon, meermalen gepleegd" en "medeplegen van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog, terwijl het feit geweldpleging met verenigde krachten(1) inhoudt en zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft", veroordeeld tot een gevangenisstraf van negen jaren.

2. Door verdachte is beroep in cassatie ingesteld. Mr. G.G.J. Knoops, advocaat te Amsterdam, heeft een schriftuur ingezonden, houdende twaalf middelen van cassatie.

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

"Hij op tijdstippen in de periode van 1 september 1979 tot en met 31 december 1989 te Kabul, in Afghanistan, tezamen en in vereniging met anderen (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog hebben geschonden, één van die feiten zwaar lichamelijk letsel van een ander tengevolge heeft gehad en die feiten (telkens) geweldpleging met verenigde krachten tegen een persoon inhielden, hierin bestaande dat verdachte en zijn mededaders toen en aldaar in strijd met het bepaalde in het "gemeenschappelijk" artikel 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, als lid 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 en onmenselijke behandeling en marteling heeft gepleegd ten aanzien van personen die (toen) niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnamen (te weten burgers), te weten [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2] en [slachtoffer 3], welke lichamelijke geweldpleging, en wrede en onmenselijke behandeling en marteling onder meer hierin bestonden dat verdachte tezamen en in vereniging met zijn mededaders,

- in de periode van 1 september 1979 tot en met december 1979 in het gebouw van de Khad-e-Nezami,
 - electriciteitsdraden heeft bevestigd aan het lichaam van [slachtoffer 1] en (vervolgens) via voornoemde electriciteitsdraden stroom heeft toegediend aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 1] en
 - meermalen, (telkens) voornoemde [slachtoffer 1] met een (of meer) stok(ken) en/of (een) ander(e) hard(e) voorwerp(en) op en/of tegen het lichaam heeft geslagen en
 - eenmaal een teennagel van voornoemde [slachtoffer 1] heeft uitgetrokken, ten gevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 1] pijn en lichamelijk letsel heeft ondervonden en
- op (een) tijdstip(pen) 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 2] tegen het scheenbeen heeft geschopt en tegen het lichaam heeft geschopt en geslagen en
 - voornoemde [slachtoffer 2] dagen achtereen wakker heeft gehouden en voornoemde [slachtoffer 2] gedurende deze dagen gedwongen heeft om buiten te blijven staan terwijl het buiten koud was en
 - vinger(s) van voornoemde [slachtoffer 2] met kracht tussen een deur en het bij die deur behorende kozijn heeft gebracht en gehouden, en (vervolgens) met kracht voornoemde deur heeft dichtgegooid terwijl vinger(s) van voornoemde [slachtoffer 2] nog tussen voornoemde deur en voornoemd kozijn zat(en) en zonder verdoving een gedeelte van een vinger van voornoemde [slachtoffer 2] heeft afgeknipt, tengevolge waarvan voornoemde

[slachtoffer 2] pijn en (zwaar) lichamelijk letsel heeft ondervonden en

- in de periode van 1 november 1979 tot en met 31 december 1979 in het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul,

- meermalen, althans eenmaal (telkens) [slachtoffer 3] met een hard voorwerp op het hoofd heeft geslagen en
- voornoemde [slachtoffer 3] (met stokken) tegen de rug en tegen de benen en tegen de billen heeft geslagen en
- electriciteitsdraden heeft bevestigd aan de tenen en de vingers van voornoemde [slachtoffer 3] en (vervolgens) via voornoemde electriciteitsdraden stroom heeft toegediend aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 3] en
- het lichaam van voornoemde [slachtoffer 3] (met kracht) naar de grond heeft geduwd, ten gevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 3] pijn en lichamelijk letsel heeft ondervonden."

4. De tenlastelegging, voor zover bewezen verklaard, is toegesneden op overtreding van art. 8 (oud) van de Wet oorlogsstrafrecht (WOS).(2) Art. 9 WOS, door de steller van de middelen in het tweede middel als commandantenaansprakelijkheid aangeduid, is daarbij dus niet aan de orde.

5. De eerste vier middelen hebben, zoals in de inleiding op de middelen is gesteld, betrekking op de vraag of de Nederlandse rechter ter zake van het tenlastegelegde rechtsmacht toekomt.

6. Het Hof heeft dienaangaande overwogen en beslist:

"Bespreking van de internationaal (straf)rechtelijke verweren

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 - in ieder geval in de pleitnota van de raadslieden van de medeverdachte - uitgebreid 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 wordt gemaakt. De internationale rechtsovertuiging die tot deze wetswijziging 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. ten onrechte zijn 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;
- d. de vergaande onbepaaldheid naar tijd en plaats van de aan de verdachte gemaakte verwijten maakt de verdediging onmogelijk. Ook hierom dient de dagvaarding nietig te worden verklaard;
- e. in de tenlastelegging is onvoldoende (feitelijk) aangegeven, welke personen onder de leiding van de verdachte strafbare handelingen zouden hebben verricht, waartegen de verdachte niet zou zijn opgetreden en aldus zijn 'command responsibility' zich uitstreckte, hetgeen tevens tot nietigheid van de dagvaarding dient 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 1979 en de jaren tachtig in Kabul in Afghanistan zou hebben verricht als hoge Afghaanse militair in dienst van de militaire inlichtingendienst. Zijn handelen heeft - kort aangeduid- betrekking op het (deelnemen aan) martelen van een aantal Afghaanse 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 niét 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 verdrag¹) 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) 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 volgend 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 volgend 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 gevlochte slachtoffers"². 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 van de medeverdachte [verdachte 1] 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) níet in de Geneefse verdragen kan worden gevonden; de raadsvrouw heeft desgevraagd echter beaamd dat een dergelijke volkenrechtelijke regel níet 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 van de medeverdachte [verdachte 1] heeft bij dupliek nog aangevoerd dat ingevolge artikel 8 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 2, 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 rechtsmachtoverwegingen 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 misdrijven(3) 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.

7.1 In verband met de samenhang tussen de eerste vier middelen maak ik eerst een paar algemene opmerkingen

7.2. Voor wat betreft vraag betreffende de rechtsmacht van de Nederlandse rechter zijn de volgende bepalingen 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 lichamelijke 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;

(...)"(3)

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." (4)

7.3 De vier Geneefse verdragen van 12 augustus 1949(5) zien op de situatie van een internationaal gewapend conflict en betreffen verschillende categorieën van beschermde personen.

Het aan die verdragen gemeenschappelijke art. 3 (verder: het gemeenschappelijke art. 3) - ook wel gekarakteriseerd als een miniverdrag binnen genoemde vier verdragen - 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 de soevereiniteit van de staat binnen wiens territorium een zodanig conflict zich zou afspelen, daarbij direct betrokken is.(6) Bedoeld gemeenschappelijk artikel 3 houdt in de Nederlandse vertaling onder meer in:

"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 allentijde 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 (...)"(7)

7.4 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(8) 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 lichamelijk letsel. Maar daarbij gaat het 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 verdragsluitende partij universele rechtsmacht vestigt ook ten aanzien van schendingen die niet in art. 147 zijn begrepen, doch die inbreuken op genoemd gemeenschappelijk art. 3 inhouden.(9)

7.5 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.(10) 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.(11)

8.1 Het eerste middel klaagt dat het Hof, gelet in het bijzonder op wat het onder 5.2.2 heeft overwogen, op onjuiste gronden heeft aangenomen dat gemeenschappelijk art. 3 als een strafbepaling zou zijn aan te merken op grond waarvan verdachte in Nederland vervolgbaar was.

8.2 Het middel berust mijns inziens op een verkeerde lezing van de desbetreffende overwegingen van het Hof en mist in zoverre feitelijke grondslag. Het Hof heeft niet miskend dat gemeenschappelijk art. 3 geen zelfstandige strafbepaling is. De strafbepaling waarop de tenlastelegging is toegesneden is immers art. 8 WOS, dat in zijn eerste lid met de zinsnede "schending van de wetten en gebruiken van de oorlog" verwijst naar (onder meer) de verboden van gemeenschappelijk art. 3. Art. 8, eerste lid, WOS is dus de strafbepaling waarbij op overtreding van die normen van gemeenschappelijk art. 3 straf is gesteld; anders gezegd, waarin onder meer gemeenschappelijk art. 3 is geïmplementeerd. Verder is de structuur van art. 8 WOS aldus dat in het tweede en derde lid daarvan gekwalificeerde schendingen zijn opgenomen (die hier ook zijn bewezen verklaard). Alleen voor die gekwalificeerde schendingen is bij de Wet van 8 april 1971, Stb. 210 de verjaarbaarheid opgeheven.

8.3 Dat in het tweede lid van art. 8 WOS - dan hebben we het dus over de strafverzwarende omstandigheden - het woord marteling niet voorkwam doet aan het voorgaande niet af. Marteling dat, vertaald in Nederlandse strafrechtelijke termen, in feite niets anders is dan (zware) mishandeling, in de regel met voorbedachte raad, valt al onder het eerste lid van art. 8 WOS, nu die bepaling verwees naar het gemeenschappelijke art. 3, waarin die

term voorkomt.

Dat het begrip "marteling" in dit verband een specifieke en eigen juridische betekenis heeft, zoals in het middel is gesteld, is niet juist. In de authentieke Engelse tekst wordt gesproken over "torture", een term die ook voorkomt in het Folteringverdrag en daar inderdaad een specifieke betekenis heeft. In die specifieke betekenis wordt het in het Nederlands vertaald als "foltering", dat moet worden gezien als marteling onder bijkomende omstandigheden. Die omstandigheden zijn gelegen in de hoedanigheid van de dader - kort gezegd een overheidsfunctionaris of een andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt - en in het bijzondere oogmerk, bijvoorbeeld strekkende tot het door de desbetreffende misdragingen verkrijgen van inlichtingen of van een bekentenis.

Anders gezegd, de marteling of mishandeling is de basisgedraging. Is sprake van genoemde bijkomende omstandigheden dan leverde deze foltering in de zin van de inmiddels vervallen Uitvoeringswet Folteringverdrag op en thans foltering in de zin van art. 1, eerste lid onder e, Wet internationale misdrijven (WIM), strafbaar gesteld in art. 8 WIM.

De marteling (zie art. 1, eerste lid aanhef en onder d, WIM) als bedoeld in genoemd gemeenschappelijk art. 3, thans opgenomen in art. 6 WIM, kent trouwens ook een bijkomend bestanddeel, maar dat is van andere aard: de marteling moet zijn gepleegd ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict. (12)

In het kader van deze zaak is het om spraakverwarring te voorkomen, dus beter om van marteling te spreken.

8.4 Art. 8 WOS verwijst dus naar onder meer gemeenschappelijk art. 3. Tegen een zodanige verwijzing bestaat op zichzelf geen bezwaar: het gebeurt geregeld bij implementatie van Europese richtlijnen en komt in het algemeen voor bij gelaagde wetgeving.

Het middel klaagt verder - en daarmee wordt, voor zover ik zie, een ander thema aan de orde gesteld - dat de normen in genoemd gemeenschappelijk art. 3 onvoldoende bepaald zijn, zeker nu de daarin voorkomende termen niet gedefinieerd zijn. Met het laatste wordt een te strenge eis gesteld. Het Nederlandse strafrecht doet het bijvoorbeeld al sinds jaar en dag met een strafbepaling als art. 300 Sr, zonder dat het daar genoemde begrip "mishandeling" is gedefinieerd.

Wel heeft art. 8, eerste lid, WOS kritiek ondervonden voor zover het een enkele ongelimiteerde verwijzing inhoudt naar in het bijzonder de gebruiken van de oorlog, maar de regering zag geen bezwaar. (13) Voor de goede orde roep ik hier nog in herinnering dat de aan de verdachte verweten gedragingen bestonden uit marteling (ofwel mishandeling) en fysieke geweldpleging waarbij in één geval zwaar lichamenlijk letsel is toegebracht. Zowel de wet als het desbetreffende verdrag is indertijd op de voorgeschreven wijze gepubliceerd. Van strijd met art. 1 Sr of art. 7 EHRM, waaromtrent in feitelijke aanleg overigens geen verweer is gevoerd, is mijns inziens geen sprake. (14) De strafbaarstelling in de WOS dateert uit de vijftiger jaren van de vorige eeuw.

8.5. Voor zover het middel met een beroep op een aantal wetenschappelijke bronnen betoogt dat gemeenschappelijk art. 3 bij gebreke van implementatie, als zodanig niet strafrechtelijk afdwingbaar is, gaat het langs de kern van de zaak heen. De Verdragsluitende staten hebben zich verplicht overtredingen van de verboden van gemeenschappelijk art. 3 tegen te gaan (art. 146 lid 3 van het Vierde Verdrag). Nederland heeft aan die verplichting (mede) vorm gegeven door de normen van dat gemeenschappelijk art. 3 in de strafwet, de WOS, te implementeren, zoals de Hoge Raad ook in de Knesevic beschikking van 1997 heeft overwogen en beslist.

8.6 Het middel is tevergeefs voorgesteld.

9.1 Het tweede middel klaagt dat het Hof ten onrechte (impliciet) heeft aangenomen dat de Nederlandse strafrechter secundaire universele rechtsmacht toekomt als het gaat om handelen in strijd met art. 9 WOS (commandantenaansprakelijkheid) voor zover gebaseerd op het gemeenschappelijk art. 3.

9.2 Het middel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft het primair tenlastegelegde - ten dele - bewezen verklaard. Die tenlastelegging was toegesneden op art. 8 WOS en hield in het persoonlijk medeplegen van overtreding van art. 8 WOS, bestaande uit schendingen van gemeenschappelijk art. 3, ten aanzien van een aantal in de tenlastelegging genoemde personen. Art. 9 WOS - het opzettelijk toelaten dat een aan hem ondergeschikte een zodanig feit begaat - komt voor in de subsidiaire tenlastelegging waaraan het Hof niet is toegekomen.

9.3 Het middel faalt.

10.1 Het derde middel richt zich tegen de volgende overwegingen van het Hof:

a) tegen overweging 5.4.3 met de klacht dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen dat foltering voor zover begaan in 1987 in geval van een intern of internationaal gewapend conflict een strafbaar feit oplevert in de zin van art. 8 WOS;

b) tegen overweging 5.4.4 met de klacht dat ten onrechte is aangenomen dat de overwegingen van de Hoge Raad in de zogeheten Knesevic II zaak uit 1997 voor wat betreft de rechtsmachtoverwegingen ook zouden gelden voor feiten die 10 tot 15 jaar daarvoor dus vóór 1997 zijn begaan.

10.2 Nog daargelaten dat overweging 5.4.3 een overweging ten overvloede is, heeft het Hof daar slechts

geoordeeld dat uit de wetsgeschiedenis van de Uitvoeringswet Folteringverdrag blijkt dat, zoals ook al uit de parlementaire geschiedenis van de WOS kan worden afgeleid, naar de opvatting van de wetgever art. 8 WOS ook inbreuken op het gemeenschappelijk art. 3 strafbaar stelde, waaronder marteling (zie ook hiervóór noot 9). Eerder wees ik al op het gevaar van misverstanden voor wat betreft de termen "marteling" en "foltering". Ik verwijs naar wat hierover onder 8.3 is opgemerkt.

Het beroep op de beschikking van de Hoge Raad van 18 september 2001, NJ 2002, 559 (Bouterse) is hier niet terzake. Daar ging het om de - ontkennd beantwoorde - vraag of aan de Uitvoeringswet Folteringverdrag op grond van een regel van volkenrecht terugwerkende kracht toekwam, ook voor wat betreft de daarbij gevestigde universele rechtsmacht. Evenmin is relevant het beroep dat het middel doet op de zogenaamde Pinochet-beslissing van het House of Lords nu ook die zaak betrekking had op (de implementatie van) het Folteringverdrag.

De in gemeenschappelijk art. 3 bedoelde gedragingen, waaronder marteling, begaan ten tijde van een intern conflict, waren echter ingevolge de WOS al strafbaar vanaf 1955, toen de Geneefse verdragen voor Nederland in werking traden, terwijl de tenlastelegging inhoudt dat de feiten nadien zijn begaan. Van terugwerkende kracht is geen sprake. Dat de periode waarin bepaalde feiten zouden zijn gepleegd ligt vóór de datum van inwerkingtreding van de Uitvoeringswet Folteringverdrag, doet er niet toe. Mijn conclusie is dat het in de eerste klacht bestreden oordeel van het Hof, daarop neerkomende dat marteling zoals verboden in gemeenschappelijk art. 3, gepleegd in 1987 in het geval van een intern gewapend conflict, het strafbare feit van art. 8 WOS oplevert, juist is.

10.3 Wat de tweede klacht betreft het volgende. Ik lees meergenoemde beschikking Knesevic II - anders dan de steller 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 moest 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.⁽¹⁵⁾ Ten slotte wordt met zoveel woorden gezegd dat met betrekking tot de feiten vermeld in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek, aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

10.4 Het Hof heeft verder mijns inziens terecht geoordeeld dat er in de overwegingen van de Hoge Raad in genoemde beschikking met betrekking tot de rechtsmachtbepaling van art. 3 WOS geen enkel aanknopingspunt is te vinden voor de veronderstelling dat die (universele) rechtsmacht niet zou gelden ten aanzien van vóór 1997 gepleegde feiten. De WOS dateert uit 1952 en in de beschikking van de Hoge Raad uit 1997 worden bepalingen van die, slechts op ondergeschikte punten nadien 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 een of meer van de in de tenlastelegging genoemde tijdvakken - 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 ruim 30 jaar na de inwerkingtreding van de WOS 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 er 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 vóór 1997 gelegen tijdstip die bepaling wel kon worden toegepast.

10.5 Het middel faalt in beide onderdelen.

11.1 Het vierde middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat (gelet op wat de Hoge Raad in meergenoemde beschikking Knesevic II over onder meer art. 3 WOS heeft overwogen) ook ingeval van schendingen van het gemeenschappelijk artikel 3 rechtsmacht bestaat.

11.2 Naar uit genoemde beschikking volgt, is 's Hofs oordeel juist. Zoals hiervoor al is uiteengezet, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 8 WOS mede schendingen van het gemeenschappelijk art. 3 strafbaar stelt en dat art. 3 WOS ten aanzien van overtredingen van art. 8 WOS universele rechtsmacht schept.

11.3 Het middel kan dus niet tot cassatie leiden.

12.1 Het vijfde middel keert zich tegen de verwerping door het Hof van een verweer dat de inleidende dagvaarding nietig moet worden verklaard omdat daarin de beschermde status van het slachtoffer niet is opgenomen en (feitelijk) is onderbouwd.

12.2 Blijkens de pleitnota heeft de raadsman in dit verband aangevoerd:

"Wil cliënt zich naar behoren tegen de tenlastelegging kunnen verdedigen moet hij weten welke rechtsregimes het OM van toepassing acht en wie de partijen zijn geweest die volgens het OM bij het Afghaanse conflict betrokken zijn geweest. Van belang is immers de vraag of de door het OM als slachtoffers gepresenteerde groep personen vallen onder de "Beschermde personen onder de Geneefse Conventies".

12.3 Het Hof heeft de dien aanzien overwogen en beslist:

"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."

12.4 Vooraf merk ik ten aanzien van zowel het verweer als het middel op dat de strekking ervan vragen oproept. Immers, gesteld dat een bepaald bestanddeel van het strafbare feit in de tenlastelegging ontbreekt, ligt een verweer, daartoe strekkende, dat ingeval van een bewezenverklaring, het bewezen verklaarde niet een strafbaar feit oplevert, meer voor de hand dan een beroep op de nietigheid van inleidende dagvaarding vanwege een onvoldoende omschrijving van de tenlastelegging. Dat die omschrijving onvoldoende feitelijk zou zijn, is ook niet gesteld.

Ook het middel hinkt, naar het mij voorkomt op twee gedachten. Het stelt, kort gezegd, dat het hier gaat om een wezenlijk element van de reikwijdte en betekenis van het gemeenschappelijk art. 3, zodat bij weglating daarvan (lees: het tenlastegelegde, indien bewezen) buiten de materiële normen van het internationaal humanitair recht valt. Het concludeert echter aan het slot van de toelichting dat het Hof in zijn verwerping van het verweer ten onrechte de "relativeringseis" toepast op de onderhavige tenlastelegging door kort gezegd te overwegen dat de verdachte niet in zijn verdediging is belemmerd.

12.5 Het middel, stellende dat "het Hof de definitiebepaling in art. 4 van de Vierde Geneefse Conventie accepteert", berust mijns inziens op een onjuiste lezing van 's Hof's arrest, nu het Hof dat art. 4 - terecht - alleen van belang acht in het geval van een internationaal gewapend conflict, waarvan hier nu juist, naar het Hof heeft vastgesteld, geen sprake was.

Voor zover het middel (zie de toelichting onder 4) berust op de opvatting dat art. 4 ook van toepassing is op een niet internationaal gewapend conflict en dus als het ware een element is van gemeenschappelijk art. 3, kan die opvatting niet als juist worden aanvaard.

12.6 Zoals hiervoor onder 7.3 uiteengezet hebben de vier Verdragen van Genève telkens betrekking op een bepaalde groep beschermde personen ingeval van een internationaal gewapend conflict. Het eerste Verdrag ziet bijvoorbeeld op de gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, het vierde betreft blijkens zijn opschrift de bescherming van burgers in oorlogstijd. Zoals eerder ook al opgemerkt gaat het bij al die verdragen, dus ook bij het vierde, om de situatie van een internationaal gewapend conflict (behalve in het gemeenschappelijk art. 3). Dat geldt ook voor art. 4 van het vierde Verdrag. Kort gezegd worden daar onder beschermde personen begrepen de personen die zich in het geval van een zodanig internationaal conflict of van een bezetting in handen bevinden van een oorlogvoerende partij of een bezetter van wie zij geen onderdaan zijn, terwijl in het vierde lid van dat artikel worden uitgesloten de personen die al op grond van een van de andere verdragen beschermd zijn. Niet alleen burgers maar bijvoorbeeld ook militairen die om een of andere reden de status van krijgsgevangene wordt ontzegd, kunnen vallen onder de categorie van beschermde personen van het Vierde verdrag.(16)

12.7 Het gemeenschappelijk art. 3, zoals gezegd wel aangemerkt als een (mini-)verdrag binnen ieder van genoemde verdragen, geldt echter voor het interne gewapende conflict en geeft minimum gedragsregels. Het is het enige artikel dat op een zodanig conflict betrekking heeft; art. 4 is daarop dus niet van toepassing.(17)

Art. 3 beschermt, zoals uit de tekst blijkt, ingeval van een intern conflict "persons taking no active part in the hostilities." Dat kunnen burgers zijn dan wel (regerings-)militairen of opstandelingen die de wapens hebben neergelegd of anderszins zijn uitgeschakeld.

Enige band met het interne gewapende conflict moeten de verboden handelingen wel hebben(18), maar het bestaan van zodanige band is in deze procedure niet betwist en kan ook uit de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid.

12.8 In de tenlastelegging is, voor zover hier van belang, gesteld dat de verweten gedragingen waren gericht tegen de daar genoemde personen die toen niet aan de vijandelijkheden deelnamen. Dat is dus precies wat gemeenschappelijk art. 3 in dit opzicht eist.

Dat heeft het Hof met betrekking tot de tenlastelegging ook vastgesteld. Zijn oordeel dat gelet daarop het verweer moet worden verworpen en dat de verdachte niet is belemmerd in zijn verdediging, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 261 Sv en is niet onbegrijpelijk. Daaraan doet vanzelfsprekend niet af de omstandigheid dat voor het geval van de alternatief tenlastegelegde (doch niet bewezenverklarde) mogelijkheid dat sprake was van een internationaal gewapend conflict, de tenlastelegging een noodzakelijk bestanddeel zou missen.

12.9 Het middel faalt.

13.1 Het zesde middel klaagt over de verwerping van het verweer dat verdachte niet als leidinggevende kan worden aangemerkt c.q. dat de verdachte geen effectieve controle over zijn ondergeschikten kon uitoefenen. Blijkens de toelichting ziet het middel daarbij op het vereiste, opgenomen in art. 9 WOS.

13.2 Het middel mist feitelijke grondslag omdat een verwerping van een dergelijk verweer, zoals ook het middel trouwens vaststelt, in het bestreden arrest niet voorkomt. Dat is ook niet verwonderlijk omdat, zoals hiervoor onder 9 al is opgemerkt, in deze zaak art. 9 WOS niet relevant is. Bewezen verklaard is immers het primair tenlastegelegde medeplegen van art. 8 WOS.

Kennelijk naar aanleiding van het subsidiair tenlastegelegde is in de pleitnota (blz. 12) wel wat opgemerkt over de stelling (sc.l. van het Openbaar Ministerie) dat de verdachte "opzettelijk heeft toegelaten dat (een) aan hem, verdachte ondergeschikte deze heeft/ hebben begaan", (19) maar het Hof hoefde op een en ander niet in te gaan omdat het aan het subsidiair tenlastegelegde, waarin art. 9 WOS dus wel aan de orde was, niet is toegekomen. Het Hof heeft dat onder 5.4.8 ook met zoveel woorden overwogen.

Verder kan in cassatie uiteraard niet worden geklaagd over de verwerping van een verweer in de zaak van een medeverdachte.

13.3 Het middel kan niet tot cassatie leiden.

14.1 Het zevende middel klaagt dat het Hof met toepassing van een onjuiste maatstaf en op ontoereikende gronden het verweer heeft verworpen dat door het gebruik in de onderhavige strafzaak van door de verdachte bij de IND afgelegde verklaringen het Openbaar Ministerie heeft gehandeld in strijd met het in art. 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur beginsel, alsmede in strijd met art. 8 EVRM, omdat de privacy van verdachte is geschonden.

14.2 Het Hof heeft dienaangaande overwogen en beslist:

"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:

a. door het gebruik van door de verdachte in zijn procedure bij de IND afgelegde verklaringen in de onderhavige strafzaak heeft het openbaar ministerie gehandeld in strijd met het in artikel 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel, kort omschreven inhoudende dat niemand verplicht behoort te worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken;

b. de IND heeft in strijd met de privacy van de verdachte, te weten in strijd met de aan de verdachte toegezegde vertrouwelijkheid van het door hem verklaarde, diens IND-dossier aan de politie verstrekt. Aldus is artikel 8 EVRM geschonden;

(...)

Het hof verwerpt deze verweren en overweegt daartoe als volgt.

6.2.1 De verdediging heeft met betrekking tot het onder a) bedoelde verweer gesteld dat de door de verdachte in het kader van de beoordeling van zijn asielaanvraag afgelegde verklaringen bij de IND zouden moeten worden aangemerkt als 'onder dwang' te zijn afgelegd en dientengevolge niet in de strafvervolging tegen de verdachte gebruikt mochten worden. Ter onderbouwing van die stelling heeft de verdediging zich beroepen op rechtspraak van het Europese Hof voor de bescherming van de rechten van de mens (EHRN) en wel in het bijzonder op de beslissing van 17 december 1996, NJ 1997, 699, inzake Saunders vs UK.

Met betrekking tot het aldus aangevoerde is het volgende vast komen te staan.

6.2.2 De verdachte heeft op 31 mei 1996 aanvragen ingediend voor toelating als vluchteling en voor verlening van een vergunning tot verblijf. Verdachte is op 7 en 10 juni 1996 in de gelegenheid gesteld deze aanvragen toe te lichten en hij is hiertoe door een medewerker van de IND - niet zijnde een opsporingsdienst in strafrechtelijke zin - gehoord. De verdachte is op 26 augustus 1996 een vluchtelingenstatus toegekend.

6.2.3 De verdachte is door de IND aanvullend gehoord op 7 januari 1999 in verband met het ernstige vermoeden dat hij mogelijk toch uit hoofde van zijn functie die hij in Afghanistan heeft bekleed zich schuldig gemaakt zou hebben aan schendingen van mensenrechten. Voor aanvang van de gehoren door de IND is aan de verdachte het belang van de gehoren uiteengezet en is hem verzocht naar waarheid te verklaren.

Op basis van de verklaringen van de verdachte en na onderzoek verricht door medewerkers van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de IND is vervolgens bij beschikking van 31 juli 2000 beslist -kort omschreven- aan verdachte alsnog geen vergunning tot verblijf te verlenen en hem de vluchtelingenstatus te ontzeggen. Blijkens de beschikking is de grond daartoe dat er ernstige redenen waren om te veronderstellen dat verdachte zich schuldig had gemaakt aan oorlogsmisdrijven, dan wel misdrijven tegen de menselijkheid, zoals omschreven in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. De zogenoemde 1F- beschikking is daarna door de IND aan het openbaar ministerie verzonden met het verzoek om te bezien of verdachte strafrechtelijk diende te worden vervolgd.

Bij brief van 8 november 1997 had de toenmalige staatssecretaris van justitie aan de Tweede Kamer reeds medegedeeld dat, gelet op de in die brief nader aangeduide internationale verdragsrechtelijke en morele verplichting van Nederland, het openbaar ministerie in kennis zou worden gesteld van alle beschikkingen die (mede) op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag waren afgewezen.

Op 2 december 2003 is een start- procesverbaal opgemaakt teneinde een strafrechtelijk onderzoek tegen verdachtes medeverdachte [verdachte 1] te starten. Verklaringen afgelegd in dat onderzoek hebben geleid tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek tegen verdachte. Begin december 2004 is verdachte aangehouden en vervolgens enige malen door de politie als verdachte gehoord.

6.2.4 Bij de verhoren van de verdachte is door opsporingsambtenaren gebruik gemaakt van, in de zin van herinnerd aan, geconfronteerd met en voortgebouwd op, de inhoud van de verklaringen die de verdachte bij de IND heeft afgelegd. Noch ter terechtzitting in eerste aanleg, noch ter terechtzitting in hoger beroep is de verdachte in het bijzonder geconfronteerd met zijn tegenover de IND afgelegde verklaringen. In eerste aanleg is hem ter terechtzitting slechts de korte inhoud van die verklaringen voorgehouden. Zowel ter terechtzitting in eerste aanleg als in hoger beroep heeft de verdachte zich in hoofdzaak beroepen op zijn zwijgrecht.

6.2.5 Tegen de achtergrond van het voorgaande dient naar aanleiding van de genoemde stelling van de verdediging, de vraag beantwoord te worden of bij de IND-procedure zoals door de verdachte ondergaan sprake is van medewerking van de verdachte 'onder dwang' als bedoeld in het Saunders-arrest van het EHRM. En vervolgens of -als daar sprake van zou zijn- de verkregen informatie in de strafprocedure gebruikt mag worden. In de casus waarop dit arrest betrekking had, was de betrokkene op straffe van vervolging terzake van een met 'contempt of court' vergelijkbaar strafbaar feit, dat bij veroordeling tot gevangenisstraf van maximaal twee jaar zou kunnen leiden, verplicht de in het kader van een -niet strafrechtelijk- financieel-economisch controle onderzoek de hem gestelde vragen te beantwoorden.

Vooropgesteld dient te worden dat, evenals in de Saunders-casus, met betrekking tot de IND-procedure die de verdachte doorliep geen sprake is van een procedure waarop artikel 6 EVRM van toepassing is, noch van een procedure die als strafvorderlijk aan te merken is. Daarom had de IND naar het oordeel van het hof niet de verplichting de verdachte te wijzen op het gevaar van een strafrechtelijke vervolging als de verdachte zich op enigerlei wijze zelf zou belasten.

6.2.6 Dat ligt naar het oordeel van het hof ook niet anders ten aanzien van het IND-gehoor van de verdachte op 7 januari 1999. Eerst na juli 2000 is verdachte's 1F- dossier naar het openbaar ministerie verzonden en niet aannemelijk is geworden dat enig opsporingsambtenaar bij dat verhoor op enigerlei wijze betrokken was. Aan een en ander doet niet af dat de IND zelf het vermoeden kan hebben gehad dat verdachte betrokken was geweest bij ernstige (oorlogs)misdrijven.

6.2.7 Naar het oordeel van het hof is in de door de verdachte doorlopen IND-procedure geen sprake geweest van het afleggen van verklaringen 'onder dwang' van een dreigende strafvervolging als waarvan in de Saunders-beslissing sprake was. Degene die zich vrijwillig aan de IND-procedure onderwerpt en daaraan medewerking verleent in het bijzonder door verklaringen af te leggen, doet dat laatste immers niet 'onder dwang' van een strafrechtelijke vervolging. Hieraan doet naar het oordeel van het hof niet af dat indien betrokkene ter verkrijging van toelating en een verblijfsvergunning die procedure 'in gaat', hij feitelijk wel tot (verdere) medewerking aan (onderdelen van) die procedure wordt verplicht, noch doet daaraan af dat de nakoming van die verplichtingen ook kan worden gesanctioneerd en dat de uiteindelijke consequentie van niet-meewerken de niet-verlening van het door betrokkene verzochte kan zijn. Evenmin doet daaraan af dat degene die toelating en vergunning tot verblijf verzoekt zich uit zichzelf al gedrongen kan voelen mee te werken om zijn doel te bereiken.

6.2.8 Voorzover al anders geoordeeld zou moeten worden, is het hof in verband met de vraag of de in de onderhavige strafzaak via de IND-gehoren van de verdachte ingebrachte informatie in de strafzaak gebruikt mocht worden, van oordeel dat het gebruik van die informatie bepaald anders was dan de wijze waarop dat in de Saunders-casus het geval was. In laatstgenoemde zaak werd betrokkene tijdens het (jury-)proces gedurende drie dagen geconfronteerd met de door hem in het controle-onderzoek afgelegde verklaringen. In de zaak van deze verdachte zijn de IND-verklaringen gebruikt in het vooronderzoek, te weten door de hem verhorende

verbalisanten. Wellicht ten overvloede wijst het hof er bovendien nog op dat de zelfincriminerende elementen uit de betreffende IND-verklaringen zich in essentie beperken tot mededelingen betreffende de zeer hoge positie van de verdachte destijds in de militaire inlichtingendienst van de betreffende regimes. Datgene wat zich in die dienst voordeed en aanleiding vormde voor de huidige strafvervolging was of werd -geleidelijk- duidelijk(er) uit andere bronnen.

Het hof merkt bovendien nog op dat niet aannemelijk is geworden dat het openbaar ministerie dan wel de onder zijn verantwoordelijkheid opererende strafrechtfunctionarissen enige (sturende) invloed hebben uitgeoefend met betrekking tot de IND-gehoren, dan wel dat die IND-gehoren plaatsvonden (mede) met het oog op de strafvervolging van verdachte.

Niet in de laatste plaats wijst het hof in dit verband op het hierboven weergegeven geruime tijdsverloop tussen de IND-gehoren en de start van het strafrechtelijk onderzoek, en de in dat verband afgelegde verklaringen door de verdachte tegenover opsporingsambtenaren.

6.3.1. Met betrekking tot het onder b) bedoelde verweer is aannemelijk geworden dat aan de verdachte door IND-medewerkers is medegedeeld dat zijn tegenover de IND afgelegde verklaringen vertrouwelijk zouden worden behandeld. Het hof onderkent dat het begrip 'vertrouwelijkheid' niet bijzonder vastomlijnd is. Het hof acht echter bepaald niet aannemelijk geworden dat aan de verdachte nadere, op een strafrechtelijk onderzoek betrekking hebbende, toezeggingen zijn gedaan. Zulks in tegenstelling tot de door de raadsman ingeroepen gang van zaken in de 'Koningskoppel'zaak die leidde tot het arrest van dit hof van 5 maart 2002, LJN AD9816. Aan de gedane, algemene toezegging heeft de verdachte op zichzelf het vertrouwen kunnen ontleenen dat de door hem verstrekte persoonlijke gegevens niet zonder meer aan andere instanties kenbaar gemaakt zouden worden. Nadien is zijn IND-dossier echter aan het openbaar ministerie overgedragen. Met de verdediging is het hof dan ook van oordeel dat deze overdracht van het strafdossier een inbreuk maakte op verdachte's recht op privéleven, als bedoeld in artikel 8 EVRM. Het hof dient diens gevolg vast te stellen of (1) er een wettelijke basis was voor deze inbreuk en (2) de inbreuk proportioneel was.

6.3.2 (ad 1) Door de verdediging is niet weersproken het oordeel van de rechtbank -dat het hof tot het zijne maakt- dat er ten tijde van de overdracht van het IND-dossier van de verdachte aan het openbaar ministerie een wettelijke basis was voor die overdracht.

(ad 2) Het hof deelt eveneens het oordeel van de rechtbank dat er in casu een dringende noodzaak bestond voor de inbreuk op de privacy van de verdachte en wijst eveneens in dit verband op eerdergenoemde brief van de staatssecretaris van Justitie van 8 november 1997. Daarbij is, ook naar het oordeel van het hof een juiste afweging gemaakt tussen het belang van bestraffing, dan wel over- of uitlevering van personen ten opzichte van wie er ernstige redenen waren te veronderstellen dat zij zich schuldig hadden gemaakt aan zeer ernstige (oorlogsmisdrijven) en de wijze waarop inbreuk is gemaakt op het recht op privacy. Hieraan doet naar het oordeel van het hof, in het bijzonder gelet op voormelde brief van de staatssecretaris van Justitie, niet af dat niet is komen vast te staan dat die afweging ook uitdrukkelijk in het specifieke geval van de verdachte is gemaakt. Het hof wijst ook in dit verband nog op eerder genoemde vooraanstaande positie van de verdachte in de betreffende inlichtingendienst.

6.3.3 De verdediging heeft er op gewezen dat in het kader van het onderhavige strafrechtelijke onderzoek ook onderzoek heeft plaatsgevonden naar en in IND-dossiers van anderen dan de verdachte, zonder dat daarvoor door betrokkenen toestemming was gegeven. Voorzover daarbij al op een niet gerechtvaardigde wijze inbreuk is gemaakt op de privacy van die anderen, komt evenwel naar het oordeel van het hof aan de verdachte geen beroep daarop toe, nu dat niet de privacy van de verdachte betreft. Anders dan door de verdediging gesteld, valt een rechtsregel die toepassing in casu van de zogenaamde Schutznorm verbiedt niet uit enige beslissing van het EHRM af te leiden, noch is het hof overigens van een zodanige rechtsregel gebleken.

6.3.4 De verdediging heeft voorts met betrekking tot het gebruik van IND-dossiers nog aangevoerd dat, in afwijking van het bepaalde in artikel 152 van het Wetboek van Strafvordering, onvoldoende verslaglegging heeft plaatsgevonden van het onderzoek in en screening van IND-dossiers door opsporingsambtenaren. Naar het oordeel van het hof bevat het proces-verbaal ter zake inderdaad weinig specifieke gegevens omtrent informatieuitwisseling tussen IND en opsporingsambtenaren. Dit wordt echter in voldoende mate gecompenseerd door de omstandigheid dat de verdediging daaromtrent verscheidene functionarissen heeft kunnen bevragen.

Het hof ziet met betrekking tot de IND-dossiers dan ook geen enkele reden die uit het dossier van de onderhavige zaak te verwijderen.

(...)"

14.3 Nadat het Hof nog twee andere bezwaren van de verdediging had behandeld en afgewezen, welke bezwaren in cassatie niet meer aan de orde zijn, heeft het zijn overwegingen als volgt afgesloten:

"6.6. 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."

14.4 Eerst rijst de vraag wat de precieze strekking van het verweer is. Het gaat om de blz. 14 tot en met 35 van de pleitnota. Het Hoofdstuk 3 draagt als opschrift; "Niet-ontvankelijkheid van het OM".(20) Daar direct onder is als tussenkopje vermeld "Onrechtmatige bewijsgaring", waarna de tussenkopjes volgen "Schending art. 8 EVRM" (blz. 22), "verbaliseringsplicht" (blz. 28) en "Opsporing in relatie tot de IND-fase/ Nemo tenetur beginsel" (blz. 29). Tot slot wordt gesteld dat alle IND-dossiers uit het (straf-) dossier gehaald behoren te worden en niet kunnen bijdragen tot het bewijs, met als slotzinnen: "Zonder IND-gegevens in casu geen voldoende wettig en overtuigend bewijs. Conclusie: Niet ontvankelijkheid OM, dan wel bewijsuitsluiting". Dat er een beroep op niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is gedaan is wel duidelijk, maar niet duidelijk is welk bewijsmateriaal zou moeten uitgesloten: alleen de IND-stukken of nog meer en zo ja welk ander bewijsmateriaal is dan bedoeld en om welke redenen zou dat dan moeten worden uitgesloten?

14.5 Het Hof heeft geen IND-stukken tot het bewijs gebruikt, dus daar kan het probleem niet liggen. Tot het bewijs is, voor zover in dit verband van belang - naast een korte verklaring van verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg, die slechts inhoudt welke functie hij heeft bekleed (bewijsmiddel 3) - uitsluitend gebezigd een tweetal begin december 2004 door verdachte tegenover de politie afgelegde verklaringen (bewijsmiddelen 26 en 27). Over persoonlijke betrokkenheid bij de feiten wordt ook in die verklaringen niets gezegd. Het gaat over verdachtes functie en zijn plaats en die van [verdachte 1] in de organisatie. De verdachte heeft alleen op een vraag: "Werd er ten tijde van Amin, toen u daar werkte, of u nu aanwezig was of niet, gemarteld bij de KAM?" geantwoord met: "Ja, dat gebeurde wel."

14.6 Het Hof heeft vastgesteld dat de politie op basis van haar uit IND-dossiers verkregen informatie eind 2003 een opsporingsonderzoek heeft ingesteld tegen de medeverdachte [verdachte 1] en dat verklaringen, afgelegd in dat onderzoek hebben geleid tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek tegen de verdachte. In dat kader is aan hem de inhoud van zijn verklaringen bij de IND voorgehouden.

14.7 Nu ook het middel niet aangeeft welk door het Hof gebruikte bewijsmateriaal wegens de onrechtmatige verkrijging daarvan van het bewijs had moeten worden uitgesloten, ga ik ervan uit dat het middel doelt op het verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie. Dat verweer komt er dan, als ik het goed zie, op neer dat door de onrechtmatige manier van optreden waarbij art. 6 en art. 8 EVRM zijn geschonden, het vervolgingsrecht is verloren gegaan.

14.8 In HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 overwoog de Hoge Raad:

"3.6.5. Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging komt als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan."

Dit is hetzelfde criterium dat voor het eerst in HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 werd geformuleerd.

14.9 Dit criterium heeft het Hof blijkens zijn overweging onder 6.6 voor ogen gehad. Het lijkt mij dus toe dat de klacht van het middel dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft toegepast, feitelijke grondslag mist, al is niet duidelijk of het middel, waar het van "maatstaf" spreekt, in elk geval mede de maatstaf op het oog heeft aan de hand waarvan een niet-ontvankelijkheidsverweer moet worden beoordeeld. Uit de verdere toelichting maak ik op dat het de steller van het middel in het bijzonder gaat om de maatstaf waaraan het Hof de rechtmatigheid van het optreden van politie en Openbaar Ministerie heeft getoetst.

14.10 Het middel stelt dat ook zonder dwang in de zin zoals het Hof deze verstaat, gelet op de omstandigheden van het geval, nog steeds sprake kan zijn van schending van art. 6, eerste lid, EVRM, indien op oneigenlijke wijze en met omzeiling van wettelijke waarborgen het "nemo tenetur beginsel" wordt omzeild. Die situatie heeft zich echter naar 's Hofs feitelijk oordeel nu juist niet voorgedaan. De asielpcedure is niet "verkapt" gebruikt om zelfincriminerend materiaal uit de asielpcedure "door te sluizen naar het strafdossier". Het oordeel van het Hof is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat het Openbaar Ministerie en politie niets te maken hebben gehad met de lang vóór het instellen van het strafrechtelijk onderzoek al afgesloten IND-procedure, waarvan de laatste fase betrekking had op de vraag of betrokkene gelet op art. 1 F Vluchtelingenverdrag wel terecht in 1996 de vluchtelingenstatus had verkregen. Anders dan het middel stelt, acht ik verder 's Hofs oordeel dat in het kader van die procedure geen nadere, op een strafrechtelijk onderzoek betrekking hebbende toezeggingen zijn gedaan, niet onbegrijpelijk.

14.11 De vraag of het bovengenoemde -beperkte - gebruik van de (latere) IND-verklaringen in het opsporingsonderzoek een zodanige dwang heeft opgeleverd dat een inbreuk is gemaakt op genoemd beginsel is dus, zoals het Hof heeft onderkend, wel degelijk beslissend.(21) Een contra-indicatie voor het bestaan van een ongeoorloofde dwang is mijns inziens overigens al dat de verdachte in het opsporingsonderzoek erop is gewezen

dat hij niet tot antwoorden verplicht was en behoudens een enkele, voor de tenlastegelegde gedragingen zelf niet relevante, verklaring in het vooronderzoek, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep zich op zijn zwijgrecht heeft beroepen.

14.12 Tegen de redenering van het Hof wordt het arrest Funke(22) in stelling gebracht, maar mijns inziens ten onrechte. In die zaak werd betrokkene immers veroordeeld voor het in gebreke blijven om desgevorderd papieren en documenten over te leggen betreffende transacties die van belang waren voor de douane en waarvan die overheidsinstelling meende dat zij moesten bestaan. De conclusie in die zaak was dat de mate van dwang in feite had "destroyed the very essence of the privilege against self-incrimination". Die zaak, waarin sprake was van een concrete strafrechtelijk gesanctioneerde dwang, is onvergelijkbaar met de onderhavige.

14.13 In zijn arrest inzake O'Halloran en Francis v. UK(23) heeft het EHRM een overzicht gegeven van zijn rechtspraak over het zwijgrecht en het beginsel dat men niet gedwongen mag worden zichzelf te belasten (verder ook: het beginsel). Daaruit kan worden afgeleid dat een zaak als Funke naar het oordeel van het EHRM tot een andere categorie behoort als Saunders.

De onderhavige situatie lijkt in zoverre op die in de zaak Saunders(24) dat ook hier wordt gesteld dat ten onrechte materiaal dat onder dwang verzameld is in een andere, voorafgaande, procedure is gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek. Maar daarbij komt het kort gezegd aan op de aard en mate van dwang.

14.14 Verder moet er blijken de zaak Weh v. Austria(25) sprake zijn van een zekere band tussen die andere procedure en het strafproces. In een gelet op de bijzonderheden van die zaak mijns inziens niet helemaal overtuigende redenering werd die band in die zaak ontkend. Weh werd beboet omdat hij toen van hem werd gevorderd degene bekend te maken die zijn auto had bestuurd, valse gegevens had opgegeven. Tussen die procedure en de strafprocedure, aanhangig tegen onbekende personen ter zake van de verkeersovertreding zelf, bestond, naar is geoordeeld, geen band. Nu was wat van Weh werd gevraagd op zichzelf inderdaad niet belastend, maar als hij aan zijn bestuursrechtelijk met een boete gesanctioneerde verplichting tot opgave van de bestuurder had voldaan en had aangegeven dat hij de auto had bestuurd, (hetgeen meestal het geval is), dan zou het bewijs theoretisch weliswaar niet volledig zijn geleverd, maar bij dit soort verkeersovertredingen, die met technische hulpmiddelen worden geconstateerd, praktisch gesproken wel. En ik vermoed dat dan de procedure tegen de voorhands onbekende personen zou zijn voortgezet tegen Weh zelf.

Maar hoe dat ook zij, de uitspraak Weh is in het arrest O'Halloran ook aangehaald. Het betreffende vereiste kan hier dan ook niet buiten beschouwing blijven.

14.15 Uit de feiten die het Hof heeft vastgesteld, zoals hiervoor onder 14.6 kort samengevat, volgt mijns inziens dat die band er niet is. Het IND-onderzoek was jaren eerder en met een geheel ander doel en zonder enige betrokkenheid van politie of justitie ingesteld. De betrokkene is toen gevraagd feitelijke informatie te geven. Van "anticipated", laat staan van "pending proceedings" was toen geen sprake. Reeds hierom mist het verweer voldoende basis.

14.16 Het Hof heeft vooral de gestelde dwang zelf nader in ogenschouw genomen. Ik meen dat zijn oordeel niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk is. Saunders werd onder strafbedreiging (legal compulsion) in de voorafgaande procedure verplicht informatie te verschaffen die vervolgens op de in het arrest weergegeven wijze op intensieve wijze in de strafprocedure is gebruikt. Van dat alles is hier geen sprake. Een asielzoeker wordt gevraagd volledige en juiste informatie te verschaffen. Dat is in het belang van een goede beoordeling van zijn verzoek in het land waarheen hij zijn toevlucht heeft gezocht. Als de betrokkene een drang voelt om die gegevens te verschaffen, dan komt die met name voort uit de - gepretendeerde - positie als vluchteling, die de aangezochte staat wenst en gerechtigd is te onderzoeken. De omstandigheden waarin hij verkeert kunnen hem ertoe brengen die inlichtingen te verschaffen (al is hier kennelijk niet volledig open kaart gespeeld). Van een door de staat uitgeoefende dwang, zoals bijvoorbeeld in de orde was in de zaken Funke en Saunders, kan mijns inziens moeilijk worden gesproken.(26)

14.17 Anders dan het middel stelt zijn niet onbegrijpelijk of tegenstrijdig 's Hof's oordelen dat de betrokkene aan de door de IND gedane, algemene toezegging van vertrouwelijkheid op zichzelf het vertrouwen heeft kunnen ontlenu "dat de door hem verstrekte gegevens niet zonder meer (mijn onderstreping C.B.) aan een andere instantie kenbaar gemaakt zouden worden" en zijn oordeel dat bepaald niet aannemelijk is geworden dat aan de verdachte, nadere, op een strafrechtelijk onderzoek betrekking hebbende toezeggingen zijn gedaan.

14.18 Daarmee zijn we aangekomen bij de tweede klacht, de schending van art. 8 EVRM door het overdragen van het IND-dossier van betrokkene. De wettelijke basis daarvoor is - zoals de Rechtbank heeft geoordeeld, met welk door de verdediging in hoger beroep niet weersproken oordeel het Hof zich heeft verenigd - gelegen in art. 43 sub b Wet bescherming persoonsgegevens.

's Hof's oordeel omtrent dit onderdeel van dit verweer geeft, mede in aanmerking genomen art. 8, tweede lid, EVRM geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Dat de dringende noodzaak waarvan het Hof spreekt is gelegen in de verdenking dat ernstige oorlogsmisdrijven zijn begaan (en dat dit voldoende is), lijkt mij juist. Niet kan de eis worden gesteld, zoals het middel kennelijk wil, dat die feiten al zouden moeten vaststaan. Wie anders dan een rechter zou dat trouwens kunnen beoordelen? Evenmin is relevant dat de

Staatssecretaris van Justitie die het beleid heeft vorm gegeven, geen onafhankelijke instantie is. Op de Nederlandse staat ligt de zwaarwegende verplichting om feiten als de onderhavige tegen te gaan, te onderzoeken en zo mogelijk te vervolgen. Dat kan in concreto betekenen dat iemand als de verdachte niet wordt uitgezet naar het land van herkomst vanwege het lot dat hem daar - gelet op zijn positie en werkzaamheden als functionaris ten behoeve van het vroegere repressieve regiem - vermoedelijk wacht. Aldus kunnen mogelijke of waarschijnlijke toekomstige schendingen van mensenrechten worden tegengegaan. Maar de bescherming die de betrokkene aldus geniet tegen kort gezegd het gevaar voor schending van zijn mensenrechten, behoort hem niet te vrijwaren van een aansprakelijkheidsstelling voor oorlogsmisdrijven die hij in zijn vroegere functie heeft begaan.

14.19 Het middel faalt.

15.1 Het achtste middel klaagt dat het Hof ten onrechte voor het bewijs heeft gebruikt de verklaringen van de getuige [slachtoffer 2], terwijl vaststaat dat de verdediging tijdens diens laatste verhoor door de Rechter-Commissaris geen adequate gelegenheid heeft gehad tot het stellen van vragen, alsmede dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de afwijzing van het verzoek om [slachtoffer 2] andermaal als getuige ter terechtzitting te doen horen.

15.2 Het Hof heeft naar aanleiding van het bedoelde verzoek overwogen en beslist:

"Overweging met betrekking tot het verzoek van de verdediging betreffende de getuige [slachtoffer 2].

De verdediging heeft bij dupliek verzocht de getuige [slachtoffer 2] nogmaals, op de zitting, te horen. Zij heeft daartoe aangevoerd, zakelijk weergegeven, dat tijdens diens laatste verhoor op 9 januari 2007 geen gelegenheid heeft bestaan tot het stellen van de door de raadsman opgegeven vragen.

Het hof overweegt daarover het volgende.

De getuige is door de rechter-commissaris gehoord op achtereenvolgens 30 mei 2006, 2 juli 2006, 5 juli 2006 en 9 januari 2007. Deze verhoren zijn deels door de raadsman bijgewoond. Met name tijdens de verhoren van 30 mei 2006 en 2 juli 2006 heeft de raadsman (ruim) de gelegenheid gekregen de getuige te bevragen. Na afsluiting van het verhoor op 5 juli 2006 heeft de raadsvrouw van de medeverdachte [verdachte 1] zich het recht voorbehouden omtrent een enkel punt (waarmee de raadsvrouw kennelijk heeft bedoeld: het toedienen van stroomstoten tijdens de ondervraging) op een later tijdstip aanvullende vragen te stellen. De raadsman van de verdachte heeft zich alstoen daarbij aangesloten. Het hof heeft het daarom opportuun geacht dat de getuige nogmaals bij rogatoire commissie werd gehoord, opdat de nog resterende vragen van de verdediging aan de getuige zouden kunnen worden gesteld. Dat verhoor vond plaats op 9 januari 2007 en is door omstandigheden (onder andere de sterk verlate aankomst van de getuige) van kortere duur geweest dan gepland. Nadat de raadsman van de medeverdachte [verdachte 1] de getuige een (aanmerkelijk) aantal vragen had gesteld heeft de rechter-commissaris het verhoor afgebroken, gezien de emotionele toestand waarin de getuige op het moment was komen te verkeren, naar zijn zeggen omdat hij zich bedreigd voelde. De door de raadsman opgegeven vragen waren op dat moment nog niet gesteld.

Het hof wil de raadsman nageven dat mogelijkerwijs een aantal van de bij de verdediging opgekomen vragen niet aan de getuige gesteld is kunnen worden, maar het hof is ook van oordeel dat dat niet afdoet aan de omstandigheid dat het recht van de verdediging op ondervraging in wezenlijke mate uitgeoefend is kunnen worden.

Bovenstaande feiten en omstandigheden in aanmerking genomen is het hof van oordeel dat het niet noodzakelijk is de getuige [slachtoffer 2] andermaal te (doen) horen.

Het hof wijst het verzoek derhalve af."(27)

15.3 Het Hof heeft het noodzaakcriterium toegepast en dat was de maatstaf aan de hand waarvan het ter terechtzitting gedane verzoek diende te worden beoordeeld. De tweede klacht van het middel mist dus feitelijke grondslag. Anders dan in de toelichting op het middel nog is gesteld, is dat oordeel, voor zover daaraan ten grondslag is gelegd de opvatting dat geen wezenlijke inbreuk is gemaakt op het recht op ondervraging, niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat bij een tweetal eerdere verhoren door de Rechter-Commissaris de raadsman ruime gelegenheid heeft gehad om de getuige te ondervragen en gelet op wat het Hof heeft overwogen over de gang van zaken ten aanzien van de derde rogatoire commissie op 9 januari 2007.

15.4 Daar doet ook niet aan af wat het middel stelt over het belang dat [slachtoffer 2] nader kon worden gehoord over het toedienen van stroomstoten. Die vorm van mishandeling van [slachtoffer 2] was immers niet tenlastegelegd en is dus ook niet bewezen verklaard. In lijn daarmee bevat het in noot 26 genoemde stuk 112, waarin door de raadsman in feitelijke aanleg de aan [slachtoffer 2] bij de rogatoire commissie van januari 2007 te stellen vragen zijn opgegeven, niets dat over stroomstoten gaat.

15.5 Nu de getuige [slachtoffer 2] bij twee gelegenheden - te weten op 30 mei 2005 en op 2 juli 2006(28) - in het

bijzijn van de verdediging is gehoord, waarbij de verdediging in de gelegenheid is gesteld de getuige vragen te stellen en van die gelegenheid ook gebruik heeft gemaakt, mocht het Hof diens verklaringen tot het bewijs bezigen. Het Hof heeft tot het bewijs gebruikt diens verklaring tegenover de politie en de verklaring van [slachtoffer 2] tegenover de Rechter-Commissaris, afgelegd op 30 mei 2005 (bewijsmiddelen 17 en 19).

15.6 Het middel faalt.

16.1 Het negende middel behelst de klacht dat het Hof op onbegrijpelijke gronden het verweer van de verdediging "dat de verklaringen van een groot aantal getuigen wegens onjuistheid en onbetrouwbaarheid niet tot het bewijs konden worden gebezigd, te kwalificeren als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt", heeft verworpen.

16.2 Inderdaad is er, zoals de toelichting stelt, op dit punt bij pleidooi uitvoerig verweer gevoerd teneinde aan te tonen dat, kort gezegd, de verklaringen van de drie getuigen genoemd in de tenlastelegging (het middel bedoelt kennelijk de bewezenverklaring; in de tenlastelegging stonden meer slachtoffers/getuigen) niet betrouwbaar en geloofwaardig waren.

Is de klacht zoals in het middel geformuleerd voldoende gespecificeerd in die zin dat met voldoende precisie is aangeduid op welk met argumenten onderbouwd standpunt de klacht betrekking heeft?(29) Dat lijkt mij op zijn minst twijfelachtig, nu ook in de toelichting op het middel volstaan wordt met algemene aanduidingen van het karakter of strekking van het gevoerde verweer en verder in feite wordt volstaan met een enkel onderdeel van de uitvoerige overwegingen van het Hof als onbegrijpelijk te brandmerken, zonder dat direct duidelijk is wat volgens de verdediging de relatie van dat onderdeel is met welk(e) van de in het pleidooi vervatte beargumenteerde standpunt(en).

16.3 Als op grond van het voorgaande het middel al niet moet falen, merk ik het volgende op. Het gaat de steller van het middel blijkens de toelichting om het verweer met betrekking tot het bewijsmateriaal waaruit het daadwerkelijk door de verdachte medeplegen van martelingen zou kunnen (maar volgens de verdediging niet mag) worden afgeleid en niet zozeer om het ook (onder 10.4) door het Hof verworpen "alibi-verweer": verdachte zou ten tijde van bepaalde feiten in het ziekenhuis hebben gelegen als gevolg van een aanslag. Dat onderdeel van 's Hofs overwegingen laat ik hieronder dus buiten beschouwing. Hoewel ook niet uitdrukkelijk over overweging 10.3 wordt geklaagd, neem ik die hieronder voor een goed begrip wel op.

16.4 Het Hof heeft dienaangaande overwogen:

"10. Nadere bewijsoverwegingen

10.1. Het hof stelt voorop dat de onderhavige strafzaak wordt gekenmerkt door een aantal bijzondere feiten en omstandigheden die nadere overweging verdienen. Ten eerste behelst de tenlastelegging feiten die zich lange tijd geleden hebben afgespeeld, hetgeen een zware wissel trekt op het onderzoek (met name het opsporen van de niet talrijke nog beschikbare getuigen) en vervolgens op het geheugen van dezen. De feiten vonden bovendien plaats in een niet-westers land dat cultureel, technologisch, economisch en sociologisch weinig overeenkomsten oplevert met de Nederlandse situatie en dat bovendien intern verscheurd was, evenals het thans nog is, door ingrijpende politieke en (daarmee gepaard gaande) gewapende conflicten. Met name deze omstandigheden hebben het onderzoek in deze zaak op velerlei wijze in ernstige mate bemoeilijkt. De onveilige situatie waarin Afghanistan ook thans nog verkeert leverde in een aantal gevallen een belemmering op voor het aldaar, in aanwezigheid van de raadslieden, horen van getuigen en het verrichten van nader onderzoek. Bovendien bleken door de gebrekkige Afghaanse infra-structuur geschreven bronnen slechts in zeer beperkte mate beschikbaar te zijn. Al deze feiten en omstandigheden in aanmerking genomen zal het hof bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de in deze zaak (wel) ter beschikking staande bewijsmiddelen een hoge mate van behoedzaamheid betrachten.

10.2. De raadsman heeft bij pleidooi betoogd dat de verklaringen van een aantal getuigen wegens onjuistheid en onbetrouwbaarheid niet tot het bewijs kunnen worden gebezigd. Hij heeft daartoe ten aanzien van achtereenvolgens de getuigen [slachtoffer 1], [slachtoffer 3] en [slachtoffer 2], zakelijk weergegeven, aangevoerd dat hun verklaringen inconsistent zijn, aantoonbaar onjuist en wederzijds beïnvloed, dat de herkomst van de door dezen gegeven informatie niet (anderszins, bijvoorbeeld door enig origineel document uit de tenlastegelegde periode) te verifiëren is, dat de herkomst van het door dezen opgelopen letsel evenmin verifieerbaar is en dat zij bij het afleggen van hun verklaringen zijn beïnvloed door de verhorende verbalisanten en door de grote geldbedragen die de getuigen voor het afleggen van hun verklaringen ontvingen. Bovendien heeft de raadsman aangevoerd dat de verdachte op 24 juni 1979 bij een aanslag werd gewond en dat hij als gevolg daarvan ten tijde van de tenlastegelegde feiten in het ziekenhuis verbleef.

10.2.1 Het hof stelt in dit kader allereerst vast dat de verklaringen van de genoemde getuigen soms minder concrete informatie dan wenselijk opleveren dan wel op een enkel punt met elkaar in tegenspraak zijn, maar het hof is van oordeel dat het hier, mede gelet op de dramatische gebeurtenissen waar de getuigen in hun verklaring op doelen en waarover zij allen wel degelijk in essentie eenduidig hebben verklaard, de door de raadsman

bedoelde discrepanties zeer wel te herleiden zijn tot geheugenonvastheid, teweeggebracht door het aanmerkelijke tijdsverloop en, in het geval van de getuige [slachtoffer 2], (heftige) emoties teweeggebracht door de herinnering aan voor de getuige hoogst dramatische gebeurtenissen, zonder dat die verklaringen op hun wezenlijke onderdelen als onjuist of onbetrouwbaar dienen te worden aangemerkt. Zo is, anders dan de raadsman heeft aangevoerd, wel degelijk uit al deze verklaringen af te leiden welke rol de verdachte bij die gebeurtenissen heeft gespeeld, zonder dat - zoals de raadsman feitelijk heeft betoogd - aannemelijk is geworden dat één of meer van de genoemde getuigen de verdachte (moedwillig) ten onrechte heeft genoemd als degene die bemoeienis had met de door hem ondervonden martelingen.

10.2.2. Het hof verwijst in dit verband naar de verklaring van [slachtoffer 1], afgelegd t.o.v. de verbalisanten [verbalisant 1 en 2] op 27 juli 2003 (bm 9), waar deze in antwoord op de vraag: "Kent u de namen van uw folteraars?" onder meer verklaart: De directeur van Tahqiq (onderzoek) was [betrokkene 1]. Op 19 december 2004 verklaart hij t.o.v. de verbalisant [verbalisant 3] telefonisch (bm 10) door [betrokkene 1] persoonlijk gemarteld te zijn en uit zijn verklaring van 15 september 2005 t.o.v. de verbalisanten [verbalisant 4] en [verbalisant 3] (bm 11) kan worden afgeleid dat hij bij de KAM met stokken werd geslagen door beurtelings de verdachte en twee anderen. In samenhang daarmee is van belang de verklaring van de verdachte zelf, afgelegd op 2 december 2004 t.o.v. de verbalisanten [verbalisant 5] en [verbalisant 3] (bm 26). De verdachte zegt daarin hoofd van de afdeling verhoor van de militaire KhAD (het hof begrijpt: voorheen KAM) te zijn geweest van 1979 tot de coup van Tanai in 1990 en uit dien hoofde het werk van de verhoorders te controleren, onder andere door die verhoren enige tijd bij te wonen en indien nodig de verhoorder op te dragen hoe hij te werk moet gaan. In zijn verhoor van 3 december 2004 (bm 27) verklaart hij voorts: "Ik was [betrokkene 1]. Wij schrijven geen naam. In Afghanistan heb je een ambtenaar en daarboven staat het hoofd, de Modir. Als men het had over [betrokkene 1] dan was ik dat toentertijd".

Tenslotte wordt de verdachte in datzelfde verhoor de vraag gesteld: "Wij vragen u of er bij de KAM gemarteld werd ten tijde van Amin (het hof begrijpt: de periode van 1978 tot en met december 1979) toen u daar werkte, of u nu aanwezig was of niet?" Hij antwoordt dan: "Ja, dat gebeurde wel".

10.3 Voorts is niet aannemelijk geworden dat de getuigen zich bij het afleggen van hun verklaring hebben laten beïnvloeden door de verhorende verbalisanten. De omstandigheid dat dezen, naar het hof aanneemt, met het oog op de gewenste doelmatigheid en de specifieke kenmerken van deze zaak, in voorkomend geval enige sturing aan het verhoor hebben gegeven doet geen afbreuk aan deze vaststelling. Evenmin is aannemelijk geworden dat de getuigen zich hebben laten leiden door andere onzuivere motieven; de enkele omstandigheid dat getuigen elkaar, al dan niet in georganiseerd verband, persoonlijk kennen en nog persoonlijk contact onderhouden maakt nog niet zonder meer aannemelijk dat zij elkaar beïnvloed hebben. Wat betreft de door de getuigen ontvangen vergoedingen zij verwezen naar hetgeen het hof hieromtrent heeft overwogen onder 6.5. Overigens is het hof niet gebleken van leugenachtigheid van de getuige [getuige 1], zoals bij dupliek nog is betoogd."

16.5 Ik meen dat 's Hofs oordeel, inhoudende dat niet aannemelijk is geworden dat een of meer van de door het Hof genoemde getuigen de verdachte ten onrechte heeft genoemd als betrokken bij de martelingen, niet onbegrijpelijk is, gelet op wat het Hof voorts heeft overwogen. In zoverre verschil ik dus van mening met de steller van het middel.

Dat oordeel is mijns inziens ook niet in strijd met de in bewijsmiddel 37 opgenomen verklaring van de getuigedeskundige dr. A. Giustozzi voor zover deze inhoudt: "In het algemeen gesproken is er geen reden om aan te nemen dat de meeste schendingen van de mensenrechten begaan werden door anderen dan gespecialiseerde "ondervragers" zoals deze in alle veiligheidsdiensten bestaan." In de eerste plaats gaat het om een algemene opmerking, die niet uitsluit dat ook anderen dan direct betrokken verhoorders martelden, zij het minder vaak dan de specialisten. Verder zal, naar het Hof niet onbegrijpelijk geoordeeld zal hebben, Giustozzi niet het hoofd van een afdeling verhoor hebben willen uitsluiten in die zin dat deze niet tot de groep specialisten behoort, doch onder de categorie "anderen" moet worden begrepen. Aan specialisten zullen immers in het algemeen alleen door andere specialisten "deugdelijke" instructies kunnen worden gegeven. Verdachte was in de relevante periode hoofd van de afdeling verhoor en zijn werkzaamheden bestonden, volgens zijn eigen verklaring (bewijsmiddel 26) uit het controleren van het werk van de verhoorders; daartoe was hij geregeld bij verhoren aanwezig, en gaf hij zo nodig instructies. Dat sluit aan bij de verklaringen van de verschillende getuigen omtrent verdachtes aanwezigheid en inbreng, waarbij die getuigen verder ook hebben verklaard dat de verdachte het niet altijd bij instructies heeft gelaten, maar zelf ook aan misdragingen heeft deelgenomen.

16.6 Ook voor het overige komt het middel tevergeefs op tegen feitelijke en niet onbegrijpelijke oordelen van het Hof, die in cassatie niet verder kunnen worden getoetst. De gegevens over de hevige emoties van [slachtoffer 2] zal het Hof hebben ontleend aan de verhoren en overige waarnemingen van de Rechter-Commissaris. Het Hof, dat uitgebreid heeft gemotiveerd dat en waarom hij het bewijsmateriaal dat hij aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd, bruikbaar achtte, was, mede in aanmerking genomen de vrijheid die de feitenrechter toekomt bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal, niet gehouden zijn beslissing dienaangaande nader te motiveren.

16.7 Het middel is tevergeefs voorgesteld.

17.1 Het tiende, elfde en twaalfde middel klagen over de strafmotivering. Zij lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

17.2 Het Hof heeft de strafoplegging als volgt gemotiveerd:

"De advocaat-generaal heeft geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot veroordeling van de verdachte terzake van het primair tenlastegelegde tot een gevangenisstraf voor de duur van negen jaren, met aftrek van voorarrest.

Het hof heeft de op te leggen straf bepaald op grond van de ernst van de feiten en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan en op grond van de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zoals daarvan is gebleken uit het onderzoek ter terechtzitting.

Daarbij heeft het hof in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen.

De verdachte was in de periode van 1 juli 1979 tot en met 31 december 1989 in Kabul, in Afghanistan, ten tijde van het door de Sovjets gesteunde communistische bewind, hoofd van de afdeling verhoor bij de militaire inlichtingendienst, de Khad-e-Nezami.

In de uitoefening van deze functie heeft de verdachte zich, zoals bewezenverklaard kan worden, ten opzichte van een drietal slachtoffers, schuldig gemaakt aan zeer ernstige strafbare feiten, te weten medeplegen van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog.

Uit het dossier is gebleken dat één van zijn slachtoffers is geslagen en dat er een teennagel bij hem is uitgetrokken. Tevens zijn bij dit slachtoffer elektriciteitsdraden aan zijn lichaam bevestigd, waarna hem via deze elektriciteitsdraden stroom werd toegediend. Een ander slachtoffer is geschopt en geslagen en heeft dagen buiten moeten staan terwijl het buiten koud was. Ook is hij dagen achtereen wakker gehouden. Van deze getuige zijn tevens vingers tussen een deur en het bij die deur behorende kozijn gebracht, waarna de deur is dichtgegooid. Vervolgens is één van die vingers zonder verdoving afgeknipt.

Ook het derde slachtoffer is geslagen. Daarnaast is hij hard op de grond geduwd en zijn ook bij dit slachtoffer elektriciteitsdraden aan zijn lichaam bevestigd, waarna hem via deze elektriciteitsdraden stroom werd toegediend. Dit alles geschiedde met het kennelijke doel de slachtoffers, politieke tegenstanders van het heersende regime, tot een "bekentenis" te brengen.

Uit het dossier is bovendien aannemelijk geworden dat deze feiten onderdeel vormden van een vast patroon van handelen binnen de afdeling van de (militaire) inlichtingendienst, die door de verdachte werd geleid.

Zoals uit het dossier is gebleken hebben de bovenomschreven handelingen hoogst dramatische en traumatische (psychische) gevolgen gehad voor de slachtoffers die, naar het zich laat aanzien, blijvend van aard zijn.

De bewezenverklaarde feiten worden, naast de genocide en de misdrijven tegen de menselijkheid, gezien als 'de ernstigste misdrijven die de gehele internationale gemeenschap met zorg vervullen' (memorie van toelichting bij de Wet internationale misdrijven, kamerstukken II, 2001-2002, 28 337, nr. 3, blz. 1).

Het oorlogsmisdrijf marteling wekt op ruime schaal, wereldwijd, verontwaardiging en verontrusting; ook schokt deze de internationale rechtsorde. Het raakt bovendien de Nederlandse rechtsorde omdat de verdachte door zijn vlucht naar Nederland deel is gaan uitmaken van de Nederlandse samenleving. Van die samenleving maken thans ook veel personen deel uit die daar geconfronteerd zijn met de gruwelen van het gewapend conflict en de gewelddadigheden begaan door de organisatie waarin de verdachte een hoge positie bekleedde. De handelwijze van de verdachte, welke een flagrante ontkenning betekent van de universele eerbied die behoort te bestaan voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, geeft blijk van een in de hoogste mate laakbaar gebrek aan respect voor de waardigheid van een medemens.

Het hof rekent het de verdachte voorts aan dat hij er bij de behandeling in hoger beroep op geen enkele wijze blijk van heeft gegeven het verwerpelijke van zijn handelen in te zien.

Naar het oordeel van het hof rechtvaardigen de ernst van de bewezenverklaarde feiten op zichzelf het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van langere duur dan door de rechtbank in eerste aanleg is opgelegd. Daarbij staan het hof in het bijzonder genoegdoening voor de slachtoffers en hun omgeving, de markering van het belang van de in het geding zijnde humanitaire normen en de generale preventie voor ogen.

Het hof heeft echter ook gewicht toegekend aan de gevorderde leeftijd van de verdachte, de omstandigheid dat de kans op herhaling verwaarloosbaar is geworden en de feiten geruime tijd geleden zijn begaan, zodat zal worden volstaan met een gevangenisstraf van navermelde -aanzienlijke- duur."

17.3 Bij de beoordeling van de middelen moet worden vooropgesteld dat de rechter die over de feiten oordeelt vrij is in de keuze en waardering van de factoren die hij voor de strafoplegging van belang acht. In cassatie kan

niet worden onderzocht of de juiste straf is opgelegd en evenmin of de straf beantwoordt aan alle daarvoor in aanmerking komende factoren, zoals de ernst van het feit of de persoon van de verdachte.(30) Feitelijke vaststellingen van het Hof kunnen in cassatie alleen op haar begrijpelijkheid worden getoetst.

17.4 Die selectie van factoren behoeft geen nadere motivering. De enige grens die de feitenrechter in acht moet nemen bij de selectie van de gegevens die hij wil gebruiken bij de strafmotivering is dat zij moeten zijn gebleken ter terechtzitting. Niet is vereist dat zij voorkomen in de gebezigde bewijsmiddelen.

17.5 Die laatste regel lijkt het tiende middel te miskennen voorzover het opkomt tegen 's Hofs vaststelling dat "aannemelijk is geworden dat deze feiten onderdeel vormden van een vast patroon van handelen binnen de afdeling van de militaire inlichtingendienst die door de verdachte werd geleid". Het middel stelt immers in de toelichting onder 2 dat het Hof "aldus ten laste van requirant [heeft] meegewogen een element dat als zodanig niet was tenlastegelegd" en onder 3 dat handelingen tegen drie personen zijn bewezen verklaard "zonder dat hierbij het element van de beweerdde stelselmatigheid van het handelen werd bewezen verklaard".

17.6 Dat verder niet bewezen is verklaard "dat de feiten (telkens) uiting zijn van een politiek van stelselmatige terreur of wederrechtelijk optreden tegen de gehele bevolking of een bepaalde groep daarvan" is in dit verband ook niet relevant. Daarmee is een strafverzwarende omstandigheid(31) tenlastegelegd, die het Hof niet heeft bewezen verklaard. Dat sluit echter niet uit dat de bewezen verklaarde gedragingen passen in het door het Hof omschreven patroon.

17.7 Nu het middel verder niet klaagt over de begrijpelijkheid van de bestreden vaststelling als zodanig kan het niet tot cassatie leiden. Ten overvloede merk ik op dat zelfs uit de gebezigde bewijsmiddelen (bijvoorbeeld de nrs. 5, 6, 8, 29 en 38) bedoeld patroon kan worden afgeleid.

17.8 Het elfde middel keert zich tegen de overweging van het Hof dat de feiten hoogst dramatische en traumatische (psychische) gevolgen hebben gehad voor de slachtoffers, die naar het zich laat aanzien, blijvend van aard zijn. Het voert aan dat hiervoor geen deugdelijke basis bestaat in het procesdossier, nu er geen medisch attest of ander document is ingebracht, terwijl het Hof de generaliserende term "de slachtoffers" gebruikt, zonder dit te beperken tot de drie in de tenlastelegging genoemde personen;(32) daardoor wordt, aldus nog steeds het middel, aan verdachte via de strafmotivering meer verweten dan bewezen is verklaard.

17.9 De laatst klacht mist mijns inziens feitelijke grondslag omdat het Hof klaarblijkelijk wel degelijk alleen het oog heeft gehad op de drie slachtoffers die ook in de bewezenverklaring voorkomen. Immers in een aan de gewraakte passage voorafgaand gedeelte van de strafmotivering, specificceert het Hof nog eens wat ieder van die drie personen heeft moeten meemaken. Die personen bedoelt het Hof kennelijk als het even later spreekt van "de slachtoffers".

17.10 De stelling dat het Hof bij gebreke van een medisch attest de bedoelde vaststelling niet kon doen, vindt geen steun in het recht. Dat de feiten voor de betrokkenen hoogst dramatische en traumatische gevolgen moeten hebben gehad, volgt, zou ik zeggen, eigenlijk al uit de aard van de bewezen verklaarde gedragingen zelf. Het oordeel van het Hof dienaangaande is niet onbegrijpelijk. Ik verwijs ten overvloede voor wat betreft de drie slachtoffers nog naar bijvoorbeeld de bewijsmiddelen 12 en 13 (onder meer een arm waarvan het bot door stokslagen zichtbaar was geworden), 17, 18, 19 (verlies van deel van een vinger, lang nadien mentale problemen) en bewijsmiddel 23 (blijvende medische problemen). Het Hof spreekt verder slechts van gevolgen die, naar het zich laat aanzien, blijvend van aard zijn. Dat is een formulering die wel vaker wordt gebruikt bij gewelds- en zedenmisdrijven en waar voor zover ik zie niets mis mee is. Zekerheid over de duur van de medische en in het bijzonder psychische problemen bestaat ten tijde van de berechting veelal niet, maar het Hof suggereert ook niet dat dat hier anders is.

17.11 Het twaalfde middel klaagt over de overweging van het Hof dat de verdachte er bij de behandeling in hoger beroep op geen enkele wijze blijkt van heeft gegeven het verwerpelijke van zijn handelen in te zien, waardoor het Hof ten onrechte niet heeft gedifferentieerd tussen een verdachte die heeft verklaard in ontkennende zin en iemand, die zoals de verdachte in deze zaak, een beroep heeft gedaan op zijn recht om te zwijgen. Anders dan bij een ontkennende verdachte is het, aldus het middel, niet zonder meer begrijpelijk en acceptabel dat de rechter een verdachte die zich consistent op zijn zwijgrecht heeft beroepen en niets heeft gezegd, een verwijt als het onderhavige maakt.

17.12 In zijn arrest van 18 november 1980, NJ 1981, 134 overwoog de Hoge Raad:

"De stelling van het middel - vervat in de daarop gegeven toelichting - dat 's Hofs evenbedoelde overweging, voor zover daaruit blijkt dat het Hof bij de strafoplegging ermee rekening heeft gehouden dat de verdachte ook in het opsporingsonderzoek in gebreke is gebleven inlichtingen te verstrekken als vorenbedoeld(33), in strijd komt met art. 29 eerste lid Sv, kan niet als juist worden aanvaard. Het in evengenoemde bepaling neergelegde voorschrift waarborgt weliswaar het recht van de verdachte om

vrijelijk en naar eigen inzicht te bepalen of hij al dan niet op de hem door de verhorende rechter of ambtenaar gestelde vragen zal antwoorden, doch behoeft geenszins de rechter ervan te weerhouden om naderhand, wanneer deze bewezen heeft geacht dat verdachte het hem ten laste gelegde heeft begaan, een in gebreke blijven als evenbedoeld bij het bepalen van de op te leggen straf mede in aanmerking te nemen.
Het middel treft mitsdien geen doel."

17.13 In dit verband kan ook nog gewezen worden op HR 23 oktober 2007, nr. 02075/06P, waarin geklaagd werd over de nadelige consequenties van het zwijgen in de hoofdprocedure voor de daarmee samenhangende ontnemingsprocedure. De Hoge Raad deed de zaak met toepassing van art. 81 RO af. De Advocaat-Generaal Knigge merkte in zijn conclusie op dat het wel vaker voorkomt dat een bepaalde processuele houding in ander opzicht negatieve gevolgen heeft, om vervolgens zijn betoog af te sluiten met de conclusie:

"Het komt er heel kort gezegd op neer dat men niet van twee wallen moet willen eten. Wie zich op zijn zwijgrecht wenst te beroepen, kan zich er niet over beklagen dat geen rekening wordt gehouden met wat hij zo al had kunnen aanvoeren."

17.14 Kortom, zoals volgens vaste rechtspraak de rechter die bij een ontkennende verdachte tot een bewezenverklaring komt, in de strafmotivering rekening mag houden met de omstandigheid dat de houding van de verdachte wijst op een gebrek aan inzicht bij de verdachte in het onjuiste van zijn handelen,⁽³⁴⁾ zo zal de rechter bij een zwijgende verdachte toch zeker de in wezen minder ver gaande en feitelijk ook onontkoombare conclusie mogen trekken dat door het zwijgen in hoger beroep de verdachte "er op geen enkele wijze blijk van heeft gegeven het verwerpelijke van zijn handelen in te zien". Voor een differentiatie als in het middel bepleit zie ik geen grond, zodat ook dit middel faalt.

17.15 Uit het voorgaande volgt dat het tiende, elfde en twaalfde middel tevergeefs zijn voorgesteld.

18. De middelen falen en kunnen naar het mij voorkomt met de korte motivering van art. 81 RO worden afgedaan.

19. Gronden die tot een ambtshalve vernietiging van de bestreden uitspraak zouden behoren te leiden, heb ik niet aangetroffen.

20. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

1 Hier zijn kennelijk weggefallen de woorden "tegen een persoon".

2 Wet van 10 juli 1952, Stb. 408.

1 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).

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

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

3 Een deel van de feiten is begaan voordat in 1984 (Stb. 91) de geldboeten in art. 8 WOS zijn toegevoegd, maar die kwestie is hier niet van belang.

4 In het vervolg zal ik de toevoeging "oud" weglaten.

5 Trb. 1951, nrs 72-75.

6 Zie bijvoorbeeld Commentary IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war (International Committee of The Red Cross, blz. 26 e.v.

7 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 te veranderen. Het houdt in art. 4 ook de verboden handelingen in die in deze zaak aan de orde zijn.

8 Naar uit de structuur van die bepaling volgt: zogenaamde secundaire universele rechtmacht, dat wil zeggen voor zover de betrokkene wordt aangetroffen op het grondgebied van de universele rechtmacht uitoefenende staat. Het is een toepassing van het "aut dedere aut punire".

9 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, waarop de rechtmacht kan worden gebaseerd.

10 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 genoemde beschikking, maar ook uit die van de Uitvoeringswet folteringsverdrag (Wet van 29 september 1988, Stb. 478. Zie Kamerstukken II, 1986-1987, 20042, nr 3, blz. 3-4, 6 en 8.

11 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.

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

13 Zie N. Keijzer in Militair straf- en tuchtrecht, aantek. 3 op art. 8 suppl. 14 (november 1994).

14 Ook niet voor wat betreft het thans gestelde gebrek aan foreseeability en accessibility.

15 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 is ook de (constante) opvatting van de wetgever (zie noot 9).

16 Vgl. Commentary IV Geneva Convention, Genève, 1958, op art. 4, blz. 45 e.v.

17 Commentary blz. 34. Zie bijv. ook Bassiouni en Nanda, A treatise on international criminal law, I Crimes and punishment, Springfield, 1973, blz. 371 e.v. over de Underlying principles of the Conventions.

18 A. Cassese, International criminal law, Oxford, 2003, blz. 49 e.v.

19 Een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt daartoe strekkende dat aan het bepaalde in art. 9 WOS niet was voldaan, is daarin overigens, anders dan de toelichting op het middel stelt, mijns inziens niet te onderkennen. De opmerking is overigens geplaatst in het kader van een beroep op de nietigheid van de dagvaarding.

20 Dit en wat ik hierna opmerk klopt ook met de inhoudsopgave op blz. 2 van de pleitnota.

21 Zie over deze kwestie ook E van Sliedregt in haar commentaar op het vonnis van de Rechtbank en het arrest van het Hof in NJCM 2007, blz. 324 e.v. en 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.

22 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485.

23 EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25.

24 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699.

25 EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97, VR 2005, 155.

26 Veel te ver gaat m.i. de opmerking van G. Mettraux (a.w. blz. 365) dat het eigenlijk zo zou moeten zijn dat "any person, subject tot questioning bij the authorities [should] be regarded as de facto under criminal charges". Hoe zit het dan met de plicht tot het geven van inlichtingen door een belastingplichtige?

27 De raadsman van de verdachte in feitelijke aanleg heeft blijkbaar op het laatste moment ervan afgezien om met de rogatoire commissie van begin januari 2007 mee te gaan en heeft volstaan met het opgeven van schriftelijke vragen (zie de klapper "Kabinet RC 's-Gravenhage. Onderzoek in hoger beroep") no 111 brief van 2 januari 2007 en no 112.

28 Waar het Hof in zijn hiervoor weergegeven overweging spreekt van 30 mei 2006 is kennelijk bedoeld 30 mei 2005. In het kader van de tweede rogatoire commissie is [slachtoffer 2] voorts, behalve op 2 juli 2006 ook nog eens op 5 juli 2006 gehoord.

29 HR 11 april 2006, NJ 2006, 396, rov. 3.7.2.

30 A.J.A. van Dorst, Cassatie in strafzaken, 5e dr., blz. 220.

31 Zie ook Kamerstukken II, 1951-1952, 2258, nr. 3 blz. 9, 10.

32 Bedoeld zijn kennelijk de drie in de bewezenverklaring genoemde personen. De inleidende tenlastelegging, zoals nadien gewijzigd, noemde meer personen tegen wie soortgelijke feiten zouden zijn begaan.

33 In eerste aanleg en in hoger beroep was de verdachte niet verschenen. Het ging in die zaak om het ontbreken van verklaringen over het punt waar de opbrengst van vermogensmisdrijven was gebleven. Relevant zijn die verschillen mijns inziens echter niet.

34 Vgl bijvoorbeeld HR 18 december 1984, NJ 1985, 358.