

Datum uitspraak: 29-01-2007
Datum publicatie: 29-01-2007
Rechtsgebied: Straf
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: 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. Artikel 8 (oud) van de Wet Oorlogsstrafrecht.
Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rolnummer: 22-006132-05
Parketnummer(s): 09-751005-04
Datum uitspraak: 29 januari 2007
TEGENSPRAAK

Gerechtshof te 's-Gravenhage
meervoudige kamer voor strafzaken

Arrest

gewezen op het hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank te 's-Gravenhage van 14 oktober 2005 in de strafzaak tegen de verdachte:

[verdachte],
geboren te [geboorteplaats] (Afghanistan) op [geboortedag] 1946,
thans gedetineerd in Huis van Bewaring Grave (Unit A + B) te Grave.

1. Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzittingen in eerste aanleg en het onderzoek op de terechtzittingen in hoger beroep van dit hof van 3 en 17 mei 2006, 4, 11 en 13 december 2006 en 15 januari 2007.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal en van hetgeen door en namens de verdachte naar voren is gebracht.

2. Tenlastelegging

Aan de verdachte is tenlastegelegd hetgeen vermeld staat in de inleidende dagvaarding, zoals ter terechtzitting in eerste aanleg op vordering van de officier van justitie gewijzigd.

Van de dagvaarding en van de vordering wijziging tenlastelegging zijn kopieën in dit arrest gevoegd.

3. Procesgang en omvang van het hoger beroep

Aan de verdachte, die als Afghaanse hoge militair in Kabul destijds hoofd van de afdeling verhoor bij de militaire inlichtingendienst Khad-e-Nezami was, zijn in eerste aanleg –kort samengevat- de navolgende feiten tenlastegelegd: het medeplegen in Kabul van schending van de wetten en gebruiken van de oorlog in de periode van 1 juli 1979 tot en met 31 december 1989 door jegens een zevental slachtoffers (gekwalificeerd) geweld te plegen.

De verdachte is in eerste aanleg vrijgesproken van het hem ten aanzien van een viertal genoemde slachtoffers tenlastegelegde en veroordeeld voor het hem tenlastegelegde, gepleegd ten aanzien van de overige slachtoffers, tot een gevangenisstraf voor de duur van negen jaren, met aftrek van voorarrest.

Alleen de verdachte is van het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gegaan. De beslissing van de rechtbank doet de vraag rijzen naar de omvang van dit hoger beroep, gelet op het in 407, tweede lid, Sv bepaalde. Dienaangaande is het hof, met de advocaat-generaal en de verdediging, tot de conclusie gekomen dat het tenlastegelegde als een impliciet-cumulatieve tenlastelegging moet worden aangemerkt en dat derhalve in hoger beroep het verwijt ten aanzien van vier van de in de tenlastelegging genoemde slachtoffers, waarvan de verdachte werd vrijgesproken, thans niet meer aan de orde is.

4. Beoordeling van het vonnis waarvan beroep

Het hof komt in belangrijke mate tot dezelfde beslissingen als de rechtbank, zij het op deels andere gronden. Gelet op dit laatste zal het hof het vonnis waarvan beroep vernietigen.

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

5.2.2 Het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt valt in de visie van het openbaar ministerie onder het bereik van de Geneefse verdragen van 12 augustus 1949. Deze verdragen en de daarin vervatten normen hebben primair betrekking op de oorlog als internationaal gewapend conflict; sommige van die normen worden (bijvoorbeeld in artikel 147 van het Vierde verdrag) als 'ernstige inbreuken', 'grave breaches' aangemerkt. De verdragen formule-ren 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 volgende artikel, hebben gepleegd, dan wel bevel tot het plegen daarvan hebben gegeven.

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

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

[4.] ...

Het hof verstaat deze bepaling aldus dat de eerste twee leden van dit artikel de verplichting tot strafbaarstelling, evenals tot opsporing en berechting ongeacht de nationaliteit opleggen in geval van 'ernstige inbreuken', maar dat ten aanzien van andere schendingen (zoals in geval van artikel 3) 'slechts' de verplichting bestaat deze tegen te gaan, zonder dat de wijze waarop dat moet gebeuren wordt voorgeschreven. Op zichzelf laat de verdragstekst de mogelijkheid open dat ook in laatst-bedoeld 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 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 - níet zo ver vermag te reiken. Daar staat tweërlei 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) universaliteits-beginsel mede baseerde op "de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, ..., zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers". 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 mogelijk anderszins 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:

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

....

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

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 [medeverdachte] 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 raadvrouw heeft desgevraagd echter beaamd dat een dergelijke volkenrechtelijke regel níet in enige geschreven verdrags-bepaling 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 [medeverdachte] 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 op(levert), ... strafbaar gesteld in artikel 8 van de Wet oorlogsstrafrecht". De regeling van de strafbaarheid (en van de rechtsmacht) van foltering in de WOS betrof in zijn visie dus óók de schending van het gemeenschappelijke artikel 3. Deze regeling lijkt betrekkelijk vergaand; zo stelt de (toenmalige) AG Van Dorst in zijn conclusie (§ 10) voorafgaand aan de beschikking van de Hoge Raad van 11 november 1997

NJ 1998.463 (Knesevic II) dat ons land een uitzonderlijke positie inneemt door niet alleen de 'grave breaches', maar ook de minder ernstige schendingen strafbaar te stellen, met universele rechtsmacht. Steun voor het vestigen van secundaire universele rechtsmacht (dus geen berechting bij verstek) valt echter te vinden in de ontwikkeling van het verdragsrecht na de Tweede Wereldoorlog, zoals deze wordt weergegeven in afzonderlijke standpunten van rechters bij de beslissing van het ICJ van 14 februari 2002 in de zaak Yerodia (Congo vs België). Het ICJ zelf kwam, in verband met de ultra petita-regel, niet toe aan de beantwoording van de vraag naar de volkenrechtelijke legitimitéit 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 ge-preciseerde 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 onderstreept.

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

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

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

Met betrekking tot de beschermde personen is hun omschrijving in het gemeenschappelijke artikel 3 in de tenlastelegging opgenomen in de passage over personen die niet rechtstreeks aan de vijandelikheden deelnamen (te weten burgers of personeel van strijdkrachten dat de wapens had neergelegd of zij die buiten gevecht waren gesteld); bovendien worden de in die artikelen expliciet

genoemde verboden gedragingen feitelijk omschreven, waarbij ook de voor de strafrechtelijke kwalificatie overeenkomstig artikel 8 WOS relevante omstandigheden zijn vermeld.

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

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

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

5.4.7 Het hof stelt met betrekking tot het onder d) gestelde vast dat de tenlastelegging in de aanhef weliswaar een zeer ruim tijdvak beslaat (1 juni 1979 tot en met 31 december 1989), maar dat dit tijdvak - voor zover thans nog aan de orde - in het geval van Mohammad Alem is beperkt tot een tweetal maanden rond de jaarwisseling van 1985/86. In het geval van [slachtoffer 1] is dat echter niet gebeurd. Op grond van diens verklaring valt aan te nemen dat hij zeer aanzienlijke tijd, van september 1979 tot in 1986, gedetineerd is geweest. Uit het dossier blijkt bovendien dat hij samen met Ustand Aurang bij de militaire KhAD gedetineerd is geweest. Hierop gelet is het hof van oordeel dat (ook in het geval van [slachtoffer 1]) het verwijt door de identiteit van het gestelde slachtoffer naar in redelijkheid te stellen eisen voldoende gespecificeerd is geweest en dat de verdediging - mede gelet op de inhoud van het dossier - niet onredelijk in haar belangen is beperkt. Gelet op het door de verdachte omtrent een mogelijk alibi gestelde, heeft hij heel goed begrepen omstreeks welke tijd [slachtoffer 1] volgens de steller van de tenlastelegging zou zijn gemarteld. Datzelfde geldt voor de klacht met betrekking tot de plaatsaanduiding van het tenlastegelegde. Het verweer wordt derhalve verworpen.

5.4.8. Aangezien het hof tot een bewezen-verklaring van het primair tenlastegelegde komt zal het aan de stelling onder e), die het subsidiair tenlastegelegde betreft, voorbijgaan.

6. Bespreking van de overige verweren

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

- 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;
- c. het beginsel van equality of arms, als vervat in artikel 6 EVRM is geschonden doordat de verdediging onvoldoende tijd en faciliteiten heeft gehad om de verdediging voor te bereiden;
- d. een beïnvloedende werking moet zijn uitgegaan van aan getuigen betaalde hoge bedragen.

Het hof verwierpt 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 (EHRM) 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 [medeverdachte] 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 ontleen 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 gevolge 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.

6.4. Anders dan door de verdediging onder c) gesteld is het hof van oordeel dat de verdediging in de onderhavige strafzaak voldoende tijd en mogelijkheden heeft gehad de verdediging voor te bereiden.

Het hof stelt in dit verband voorop dat het proces tegen deze verdachte naar de regels van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering en overige relevante Nederlandse regelgeving dient te worden gevoerd. Daaraan kan niet afdoen dat er behoudens de aanwezigheid van de verdachte, een medeverdachte en enige getuigen hier te lande vrijwel geen feitelijke aanknopingspunten voor waarheidsvinding in Nederland voorhanden zijn. Ook verder in dit arrest wordt overigens ingegaan op de complicaties die met die constatering samenhangen. De omstandigheid dat in het buitenland en met name in Afghanistan nader onderzoek verricht diende te worden, brengt nog niet mee dat aan de verdediging in een zaak als de onderhavige extra faciliteiten –zoals wellicht mogelijk in andere landen en bij berechting door internationale gerechten- buiten en/of in afwijking van de Nederlandse regelgeving dienden te worden verleend. Naar het oordeel van het hof heeft de verdediging in de nu ruim twee jaar durende zaak voldoende mogelijkheden

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

6.5. De raadsman heeft onder d) gesteld dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard omdat aan getuigen, in het bijzonder in Afghanistan, dermate hoge bedragen zijn betaald dat daarvan zonder meer een beïnvloedende werking moet zijn uitgegaan. Het hof is aannemelijk geworden dat in verhouding tot het inkomensniveau in Afghanistan en in relatie tot door een internationaal tribunaal betaalde vergoedingen in het verloop van deze zaak relatief hoge onkostenvergoedingen aan getuigen aldaar zijn uitbetaald en ook in het vooruitzicht gesteld, te weten 100 dollar. Het hof merkt overigens nog op dat die bedragen tijdens de laatste rogatoire commissie naar Afghanistan zijn verlaagd.

Het hof is evenwel niet aannemelijk geworden dat getuigen in overwegende mate op grond van die vergoeding bereid waren een verklaring af te leggen. Geenszins is aannemelijk geworden dat de betrouwbaarheid van de verklaringen van de getuigen die dat bedrag vergoed kregen door de toekenning van die onkostenvergoeding is beïnvloed. Dit verweer wordt dan ook verworpen.

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'.

7. 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 [medeverdachte] 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 [medeverdachte] de getuige een (aanmerkelijk) aantal vragen had gesteld heeft de rechter-commissaris het verhoor afgebroken, gezien de emotionele toestand waarin de getuige op de 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.

8. Bewezenverklaring

Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

Hij op tijdstippen in de periode van 01 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 heeft 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 mededader(s) 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 deelnam(en) (te weten burger(s), 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 mededader(s),

* 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, tengevolge 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 achtereenvolgende 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, tengevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 3] pijn en lichamelijk letsel heeft ondervonden.

Hetgeen meer of anders is tenlastegelegd, is niet bewezen. De verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

Voorzover in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze in de bewezenverklaring verbeterd. Blijkens het verhandelde ter terechtzitting is de verdachte daardoor niet geschaad in de verdediging.

9. Bewijsvoering

Het hof grondt zijn overtuiging dat de verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat en die reden geven tot de bewezenverklaring.

In die gevallen waarin de wet aanvulling van het arrest vereist met de bewijsmiddelen dan wel, voor zover artikel 359, derde lid, tweede volzin, van het Wetboek van Strafvordering wordt toegepast, met een opgave daarvan, zal zulks plaatsvinden in een aanvulling die als bijlage aan dit arrest zal worden gehecht.

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 Afgaanse 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 Houwen en De Jong 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 Majoor Habibullah Modir. Op 19 december 2004 verklaart hij t.o.v. de verbalisant Tjeerde telefonisch (bm 10) door Habibullah persoonlijk gemarteld te zijn en uit zijn verklaring van 15 september 2005 t.o.v. de verbalisanten Van Dee en Tjeerde (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 Limpers en Tjeerde (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 Modir Habibullah. Wij schrijven geen naam. In Afghanistan heb je een ambtenaar en daarboven staat het hoofd, de Modir. Als men het had over Modir Habibullah 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.

10.4 De raadsman heeft ten slotte aangevoerd dat de verdachte, als gevolg van een aanslag op 24 juni 1979, ten tijde van de tenlastegelegde feiten in het ziekenhuis verbleef, en dus niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor hetgeen gedurende zijn afwezigheid in de KhAD-e-Nezami gebeurde. De feiten betrekking hebbende op [slachtoffer 1] en [slachtoffer 3] hebben zich blijkens de bewijsmiddelen (bm 12) afgespeeld in de periode van september/oktober 1979 tot en met december 1979. De feiten met betrekking tot [slachtoffer 2] dateren blijkens de bewijsmiddelen van de periode van december 1985 tot februari 1986 en worden naar het oordeel van het hof redelijkerwijs niet bestreken door het verweer in kwestie. Het door de verdachte bij de bedoelde aanslag opgelopen letsel zou volgens de verdachte een schotwond betreffen in het bovenbeen. Het komt het hof onaannemelijk voor dat de verdachte voor een dergelijk letsel maanden achtereenvolgens in het ziekenhuis heeft moeten verblijven, waarbij het hof laat meewegen de omstandigheid dat door de verdediging niets is gesteld omtrent medische complicaties die een dergelijk langdurig verblijf in het ziekenhuis konden hebben gerechtvaardigd, en ook geen nadere bijzonderheden zijn verschaft die tot navraag hadden kunnen leiden bij het ziekenhuis waar de verdachte alstoen opgenomen zou zijn geweest.

Het hof verwerpt de verweren.

11. Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

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.

12. Strafbaarheid van de verdachte

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit. De verdachte is dus strafbaar.

13. Strafmotivering

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 achtereenvolgend 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.

14. Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op artikelen 47 en 57 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 8 (oud) van de Wet Oorlogsstrafrecht.

15. BESLISSING

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep - voorzover aan het oordeel van het hof onderworpen - en doet opnieuw recht.

Verklaart bewezen dat de verdachte het primair tenlastegelegde, zoals hierboven omschreven, heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen terzake meer of anders is tenlastegelegd en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Bepaalt dat het bewezenverklaarde de hierboven vermelde strafbare feiten oplevert.

Verklaart de verdachte strafbaar terzake van het bewezenverklaarde.

Veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van NEGEN JAREN.

Bepaalt dat de tijd, die door de verdachte vóór de tenuitvoerlegging van deze uitspraak in voorarrest is doorgebracht, bij de uitvoering van de opgelegde gevangenisstraf in mindering zal worden gebracht, voorzover die tijd niet reeds op een andere straf in mindering is gebracht.

Dit arrest is gewezen door mrs. Oosterhof,

Aler en Heemskerk,

in bijzijn van de griffier mr. Jans.

Het is uitgesproken op de openbare terechtzitting van het hof van 29 januari 2007.