

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 104 - 2011

Aflevering 5

IN DIT NUMMER

Bijdragen

A.F.Vink, De militaire rechter: samenstelling en rechtsmacht

J.C. van den Boogaard, Voorzorgsmaatregelen bij aanvallen en de legaliteit van de knock on the roof methode

Strafrechtspraak

HR, Afghaanse folteraar

Bestuursrechtspraak

CRvB, Wie een kuil graaft voor een ander...

CRvB, Ontheffing uit de initiële opleiding

INHOUD

BIJDRAGEN

BESCHOUWING

De militaire rechter: samenstelling en rechtsmacht, door kapitein mr. A.F.Vink.....	253
Vorzorgsmaatregelen bij aanvallen en de knock on the roof methode, door mr. J.C. van den Boogaard.....	262

STRAFRECHTSPRAAK

HR 08.07.2008	Afghaanse folteraar Voormalig directeur van de Afghaanse staatsveiligheidsdienst en onderminister van staatsveiligheid wordt in Nederland vervolgd ter zake van foltering en het opzettelijk toelaten dat een ondergeschikte oorlogsmisdaden begaat. (Naschrift M.M.D.).....	276
------------------	--	-----

BESTUURSRECHTSPRAAK

CRvB 25.06.2009	Wie een kuil graaft voor een ander... Een adjudant-onderofficier van de KL beklaagt zich over zijn directe commandant; deze zou niet juist kunnen omgaan met zijn functie en misbruik maken van zijn macht. Een ingestelde commissie van huishoudelijk onderzoek concludeert dat geen sprake is van machtsmisbruik of disfunctioneren van de directe commandant en dat deze door de handelswijze van de adjudant op onacceptabele wijze is beschadigd. De Commandant Landstrijdkrachten merkt de brief gebaseerd op de onderzoeksresultaten aan als ambtsbericht.....	310
CRvB 24.09.2009	Ontheffing uit de initiële opleiding Een specialist Vliegoperationele Ondersteuning in opleiding, aangesteld bij de KLu, wordt uit die initiële opleiding ontheven wegens onvoldoende resultaten. De CRvB is van oordeel dat de ontheffing en het verleende ontslag de rechterlijke toets kunnen doorstaan. (Naschrift A.F.V.).....	313

De militaire rechter: samenstelling en rechtsmacht

DOOR KAPITEIN MR. A.F. VINK¹

Artikel 2 van de Wet militaire strafrechtspraak (Wms) bepaalt de rechtsmacht van de militaire rechter ten aanzien van onder andere Nederlandse militairen. Deze rechtsmacht is opgedragen aan de militaire kamers van civiele rechtscolleges die behoren tot de rechterlijke macht. Dat is echter niet altijd zo geweest. Verder bevat artikel 4 Wms een regeling die het mogelijk maakt om militairen onder omstandigheden voor de commune rechter² te brengen. Hoe is dit stelsel door de wetgever bedoeld en wordt daar in de praktijk uitvoering aan gegeven?

Inleiding

De militaire kamer van de rechtbank Arnhem is bevoegd 'tot kennisneming in eerste aanleg van strafbare feiten begaan door militairen'.³ Dit lijdt uitzondering als het vergrijp gepleegd is in een gebied waar een mobiele rechtbank bevoegd is⁴ of als kennisneming van dat vergrijp tot de bevoegdheid behoort van de militaire kamers van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba, het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten of het Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.⁵ Dit systeem is niet zomaar ontstaan. De militaire strafrechtspleging kent een rijke historie waarin de samenstelling en competentie van de militaire rechter van tijd tot tijd sterk verschilde. In dit artikel wordt deze ontwikkeling geschetst. Tevens wordt er gekeken naar de huidige situatie en of die regeling in de praktijk door de rechter gerespecteerd wordt.

Militaire rechtspraak voor de Tweede Wereldoorlog

De militaire kamer neemt kennis van alle strafbare feiten gepleegd door militairen, zowel commune als militaire delicten. Dat is niet altijd zo geweest. In de tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden was er onduidelijkheid omtrent dit punt. Dat de berechting van militaire delicten door krijgsraden geschiedde werd logisch gevonden. Maar de berechting van commune delicten gepleegd door militairen, resulteerde voortdurend in conflict met de rechterlijke or-

¹ Jos Vink is militair jurist bij de Koninklijke Landmacht en in die hoedanigheid geplaatst als verbindingsofficier krijgsmacht toegevoegd bij het openbaar ministerie te Arnhem.

² Waar in dit artikel wordt gesproken van een 'commune rechter', daar wordt een rechtscollege bedoeld dat (overwegend) uit burgerrechters bestaat. Hierbij is aansluiting gezocht bij de in de parlementaire geschiedenis gebruikte term. (Zie onder andere: Kamerstukken II 1971-1972, 8706, nr. 28, p. 1.)

³ Artikel 2, eerste lid, jo. artikel 3, tweede lid, Wms.

⁴ Artikel 3, derde lid, jo. artikel 10 Wms.

⁵ Artikel 3, derde lid, jo. artikel 17 Wms.

ganen die aan gewestelijke of lokale regeling hun gezag ontleenden.⁶ Met de Bataafse omwenteling in 1795 kwam voorlopig een einde aan de bevoegdheid van de krijgsraden om commune delicten gepleegd door militairen te berechten. De betreffende Staatsregeling uit 1798 bepaalde dat de competentie van de militaire rechter werd beperkt tot de feiten “die in den Dienst, en door den Krijgsman alleen” konden worden bedreven. Met betrekking tot de commune delicten zouden militairen alleen aan de rechtsmacht van de commune rechter onderworpen zijn.⁷ Daar kwam in 1799 al snel een uitzondering op als het leger te velde was; in dergelijke gevallen kwam de bevoegdheid tot kennisneming van “alle gemeene delicten zoo tegen militairen” aan de krijgsraad toe.⁸ Tijdens het bestaan van het Koninkrijk Holland had men nog wel een drietal pogingen ondernomen een andere wettelijke regeling tot stand te brengen, maar tot daadwerkelijke wetgeving is het uiteindelijk niet gekomen.⁹ De ontwerpen gingen overigens alle van een regeling uit waarbij de militaire rechter exclusief bevoegd was om over zowel commune als militaire delicten te oordelen.¹⁰

Na de inlijving van het Koninkrijk Holland in het Franse Keizerrijk, werd het Franse systeem van toepassing. Na het herwinnen van de onafhankelijkheid in 1814 werd de gehele strafrechtspraak ten aanzien van militairen opgedragen aan krijgsraden, met uitzondering van fiscale delicten. Een verdere beperking van de competentie van de krijgsraden ter faveure van de commune rechter betrof vergripen gepleegd door militairen in deelneming met “andere personen”, daarmee doelende op niet-militairen.¹¹ Deze wetgeving kwam niet uit de lucht vallen en was duidelijk geïnspireerd door voornoemde ontwerpen uit de regeerperiode van Lodewijk Napoleon.¹²

Het in 1815 van kracht geworden Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande¹³ bepaalde dat er naast militairen ook enkele in de wet omschreven categorieën burgers onder de rechtsmacht van de militaire rechter vielen. Dat betrof de ‘geëmploieerden bij de armee’ en – in tijd van oorlog – de legervolgingen.¹⁴ De problematiek blijft de gemoederen bezighouden. Hoewel er al vanaf halverwege de negentiende eeuw stemmen opgaan om de aparte militaire rechtspraak voor commune delicten dan wel in tijd van vrede af te schaffen, blijven opvolgende regeringen daar tegenstander van tot de jaren ‘80 van de twintigste eeuw.¹⁵ Geleidelijk verandert het militair strafprocesrecht wel, als bij de partiële herziening in 1912 de presidenten van de krijgsraden burgerrechtsgeleerden worden en ook advocaten bij militaire rechtscolleges als raadsman kunnen optreden. Enkele Kamerleden zagen hun kans schoon, en poogden bij

⁶ H.H.A. de Graaff, *De militair-rechtelijke organisatie 1795-1955*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1957, p. 16.

⁷ De Graaff, *supra* noot 6, p. 69.

⁸ De Graaff, *supra* noot 6, p. 101.

⁹ De Graaff, *supra* noot 6, p. 107.

¹⁰ G.F. Walgemoed, ‘De bevoegdheid van de militaire strafrechter. Het einde van ‘t Gedrogt der ongelimiteerde militaire jurisdictie’, in: M.M. Dolman, P.D. Duyx & H.G. van der Wilt (red.), *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 263-264.

¹¹ De Graaff, *supra* noot 6, p. 160.

¹² G.F. Walgemoed, ‘De rechterlijke bevoegdheid bij deelneming van een militair aan het strafbare feit van een niet-militair’, *MRT* 2007, p. 329.

¹³ Voor de zeemacht gold er dientengevolge een Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Water.

¹⁴ Walgemoed, *supra* noot 10, p. 266. Voor hedendaagse voorbeelden van legervolgingen wordt verwezen naar artikel 4, sub A, aanhef en onder 4, van de Vierde Conventie van Genève.

¹⁵ Walgemoed, *supra* noot 10, p. 266-270.

amendement de rechtsmacht van de militaire rechter tot – kort gezegd – militaire delicten te beperken. Het amendement werd verworpen.¹⁶ Door de inwerkingtreding van de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht¹⁷ werd de rechtsmacht van de militaire rechter wel enigszins beperkt. De militaire rechter nam bij voorkeur geen kennis van vergrijpen die een militair tezamen met een burger had gepleegd, tenzij het feit strafbaar was gesteld in het Wetboek van Militair Strafrecht. Ook werd de berechting van fiscale strafzaken aan de rechtsmacht van de militaire rechter onttrokken.

Militaire rechtspraak tijdens de Tweede Wereldoorlog

Tijdens de bezetting van Nederland in de jaren '40-'45 van de vorige eeuw was de berechting van militairen in Nederland opgedragen aan de commune rechter; de krijgsraden en het Hoog Militair Gerechtshof werden in oktober 1940 opgeheven.¹⁸ De berechting van overtredingen werd opgedragen aan de kantongerechten te 's-Hertogenbosch, Arnhem, 's-Gravenhage, Amsterdam en Leeuwarden.¹⁹ De arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage werd bevoegd om in eerste aanleg van misdrijven kennis te nemen.²⁰ In voornoemde gevallen was de arrondissementsrechtbank respectievelijk het gerechtshof te 's-Gravenhage bevoegd om het hoger beroep af te handelen.²¹ Beide colleges spraken recht in een meervoudige kamer, aangevuld met twee militaire leden.²² Als strafprocesrecht werd het Wetboek van Strafvordering (Sv) toegepast.²³ De Graaff concludeert dat dit stelsel als 'een verbetering ten opzichte van de geldende militaire procesregeling kon worden beschouwd', nu onder andere ook cassatie en herziening in militaire zaken mogelijk werd.²⁴ Een opmerkelijke constatering, nu in militaire zaken 'het voorschrift, dat de verdachte niet tot antwoorden verplicht is,' buiten toepassing werd verklaard.²⁵

De Duitse wetsbesluiten zijn niet – zoals dat in onze parlementaire democratie wel gebruikelijk is – voorzien van een Memorie van Toelichting. Dat maakt het niet altijd even gemakkelijk om de (officiële) beweegredenen voor het treffen van de wettelijke maatregel te achterhalen. Bij het treffen van de wettelijke maatregel betreffende de militaire rechtspraak lijkt dit evenwel evident. De Duitse bezetter demobiliseerde en ontbond het Nederlandse leger in rap tempo. Van de driehonderdduizend militairen die de Nederlandse krijgsmacht in de meidagen van 1940 telde waren er halverwege juli 1940 nog zo'n zestigduizend overgebleven, en ook dit aantal

¹⁶ Walgemoed, *supra* noot 10, p. 268.

¹⁷ Wet van 5 Juli 1921, *Stb.* 1921, 841.

¹⁸ Artikel 1 van het Besluit van den Secretaris-Generaal van het Departement van Justitie betreffende de opheffing van de militaire gerechten en de overbrenging van aanhangige strafzaken naar den gewonen strafrechter, *Verordnungsblatt für die besetzten niederländischen Gebiete* 1941, 56 (Vo. 1941/56).

¹⁹ Artikel 3, eerste lid, Vo. 1941/56.

²⁰ Artikel 4, eerste lid, Vo. 1941/56.

²¹ Artikel 3, derde lid, en artikel 4, tweede lid, Vo. 1941/56.

²² Artikel 6, eerste lid, Vo. 1941/56. Drie jaar later, op 16 oktober 1943, was het gedaan met de laatste militaire invloed in het strafproces, en werden de militaire kamers bij de arrondissementsrechtbank en het gerechtshof te 's-Gravenhage opgeheven. De berechting van militairen werd aan de commune evenknie van deze kamers opgedragen (Vo. 1943/105).

²³ Artikel 2, derde lid, Vo. 1941/56.

²⁴ De Graaff, *supra* noot 6, p. 279.

²⁵ Artikel 7, eerste lid, Vo. 1941/56.

werd geleidelijk verder afgebouwd.²⁶ De zesduizend resterende strafzaken konden, door septs en samenvoegingen, terug worden gebracht tot zo'n vijfhonderd zaken.²⁷

Militaire rechtspraak na de Tweede Wereldoorlog

Na de Tweede Wereldoorlog werd het door de Duitse bezetter ingevoerde stelsel teruggedraaid en namen krijgsraden alsmede het Hoog Militair Gerechtshof hun rechtssprekende taken in militaire strafzaken weer op zich. In 1965 werd het militair strafrecht ingrijpend gewijzigd²⁸ en in 1979 werd het beroep in cassatie ook in militaire zaken mogelijk.²⁹ Maar al snel na de wetswijzigingen van 1965 werd duidelijk dat de krijgsraden hun langste tijd hadden gehad in het Nederlandse strafrecht.³⁰ In 1966 bracht de regering een Nota over een nieuw militair strafprocesrecht uit waarin duidelijk een voorkeur werd uitgesproken voor "een militaire rechter en een militair strafprocesrecht die zo nauw mogelijk aansluiten bij de gewone rechter en bij het gewone strafprocesrecht."³¹ De regering bleef echter bij het systeem van berechting voor militaire en commune delicten door één rechterlijke instantie, met uitzondering van bepaalde specifiek omschreven groepen strafbare feiten.³²

Bij bestudering van de parlementaire geschiedenis blijkt niet echt van een fundamentele afweging van de argumenten pro en contra het handhaven van het krijgsraadstelsel. Als uitgangspunt nam de Tweede Kamer begin jaren zeventig door middel van het amendement van Geelkerken c.s. wel aan: 'Rechtters gespecialiseerd in militaire zaken - met een overwegend burgerlijk element in de samenstelling der gerechten, die zoveel mogelijk in commune gerechten geïntegreerd zijn als militaire strafkamers van deze gerechten - verdienen de voorkeur.'³³ Dit standpunt kwam uiteindelijk ook terecht in de gewijzigd vastgestelde Nota over een nieuw militair strafprocesrecht.³⁴ Dit wordt weleens als het vertrekpunt gezien voor de afschaffing van de krijgsraden, doch dat is onjuist. Wie de betreffende nota bestudeert zal zien dat de gehele nota toezag op het handhaven van de structuur van de krijgsraden en het Hoog Militair Gerechtshof. De krijgsraden zouden wel bemenst gaan worden door twee burgerleden en een militair lid, niet zijnde de president.³⁵ Het Hoog Militair Gerechtshof zou gaan bestaan uit drie burgerleden, waarvan één de president, alsmede twee militaire leden.³⁶ Het amendement Geelkerken c.s. is

²⁶ L. de Jong, *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog, Deel 4 eerste helft*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1972, p. 238.

²⁷ L. de Jong, *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog, Deel 4 eerste helft*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1972, p. 239.

²⁸ Rijkswet van 4 juli 1963, *Stb.* 1963, 295.

²⁹ Rijkswet van 22 februari 1979, *Stb.* 1979, 69.

³⁰ Aangegeven werd dat het hier om een interim-regeling ging en dat aan een algehele herziening van het militair straf(proces)recht dringend behoefte was. Kamerstukken II 1957-1958, 5169 (R 112), nr. 5, p. 1-2.

³¹ Kamerstukken II 1965-1966, 8706, nr. 3, p. 5.

³² Kamerstukken II 1965-1966, 8706, nr. 3, p. 11. Met name werden fiscale, sociaal/economische en commune verkeersdelicten genoemd, omdat enige relatie met de militaire dienst niet aanwezig was. Voor commune verkeersdelicten geldt dit overigens voor zover ze niet tijdens de uitoefening van de dienst worden gepleegd. Sinds de afschaffing van de krijgsraden is dit onderscheid evenwel in zijn geheel verdwenen.

³³ Kamerstukken II 1971-1972, 8706, nr. 24.

³⁴ Kamerstukken II 1971-1972, 8706, nr. 28, p. 1.

³⁵ Kamerstukken II 1971-1972, 8706, nr. 28, p. 2. Zo zien vandaag de dag de militaire kamers er overigens ook uit.

³⁶ Kamerstukken II 1971-1972, 8706, nr. 28, p. 3. Dat is duidelijk afwijkend van de huidige samenstelling van de militaire kamers van het hof Arnhem en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.

uiteindelijk van groot belang gebleken en is voor de regering aanleiding geweest om wetsvoorstellen voor te bereiden inhoudende de totale afschaffing van de militaire strafrechtspraak.³⁷ De rest van de conclusies is kennelijk buiten beeld geraakt.

Met ingang van 1 januari 1991 trad de wet in werking en werd de strafrechtspleging ten aanzien van militairen opgedragen aan de rechterlijke macht.³⁸ De krijgsraden en het Hoog Militair Gerechtshof houden op te bestaan. Door de speciaal te vormen militaire kamers poot de wetgever – ondanks dat de strafrechtspleging nu in civiele handen is – de militaire expertise te waarborgen, welke benodigd is om militaire strafzaken te beoordelen. Dit gebeurt allereerst door in de militaire kamers een militair lid te benoemen.³⁹ Vervolgens zijn de burgerrechters gespecialiseerd in militaire zaken.⁴⁰ De strafrechtspleging in eerste aanleg, die voorheen bij een krijgsraad plaatsvond, heeft nu plaats bij de militaire kamer van de Rechtbank Arnhem dan wel de militaire kamer van het bevoegde Gerecht van eerste aanleg in de West. Hoger beroep tegen vonnissen van deze colleges dient bij de militaire kamer van het Hof Arnhem⁴¹ respectievelijk de militaire kamer van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.⁴² Inzake een beklag over niet verdere vervolging⁴³ wordt eveneens geoordeeld door laatstgenoemde militaire kamers.⁴⁴

Competentievraagstukken in de huidige situatie

Naar huidig recht is het uitgangspunt dat militairen zich moeten verantwoorden voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem bij verdenking van enig strafbaar feit. In de navolgende gevallen kan daar een uitzondering op worden gemaakt.

De verdachte bevindt zich in het Caribische gebied

Als de verdachte zich bevindt in het bevelsgebied van de commandant der zeemacht in het Caribische gebied, dan is de militaire kamer van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba, het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten respectievelijk het Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba bevoegd om kennis te nemen van dat strafbaar feit.⁴⁵ Het gaat er derhalve niet om waar het vergrijp gepleegd is. Het is in theorie dus mogelijk dat een militair die in een inzetgebied, bijvoorbeeld in Afghanistan, functioneel geweld aanwendt en er van verdacht wordt dat hij daarbij zijn geweldsinstructie overtreden heeft, in de West voor de rechter moet verschijnen als hij op dat moment aldaar

³⁷ Kamerstukken II 1982-1983, 17804 (R1228), nr. 5.

³⁸ Rijkswet van 14 juni 1990, Stb. 1990, 368.

³⁹ Kamerstukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, p. 7. “De gewenste specialisatie in zaken betreffende militairen is enerzijds nagestreefd door binnen die rechterlijke organen, die belast zullen worden met bedoelde rechtspraak in eerste aanleg en in hoger beroep, militaire kamers te formeren (...). Anderzijds is de deskundigheid bereikt door in die militaire kamers militairen als deskundige leden op te nemen.”

⁴⁰ Kamerstukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, p. 6. De “rechtspraak dient te worden uitgeoefend door «rechters gespecialiseerd in militaire zaken» in samenwerking evenwel met deskundige leden uit de militaire samenleving zelf.” Kamerstukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, p. 7. “De ondergetekenden menen evenzeer dat de combinatie van gespecialiseerde rechters en deskundige leden de voorwaarde is om te geraken tot een adequate organisatie van de rechtspraak over militairen.”

⁴¹ Artikel 7, tweede lid, jo. artikel 8, tweede lid, Wms.

⁴² Artikel 18, tweede en derde lid, Wms.

⁴³ Artikel 12 Sv.

⁴⁴ Artikel 8, tweede lid, respectievelijk 18, vierde lid, Wms.

⁴⁵ Dit gebied is exact aangegeven in artikel 23 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht.

geplaatst is. In de praktijk zal repatriëring en berechting in Nederland plaatsvinden vanwege de ter zake aanwezige expertise bij het parket te Arnhem.

Het feit is gepleegd in een gebied waarin een mobiele rechtbank is ingesteld

De mobiele rechtbank, en met name het gebruik daarvan buiten het Koninkrijk, is reeds eerder besproken in dit blad.⁴⁶ Hier wordt volstaan met de opmerking dat de rechtbank Arnhem bij voorkeur geen kennis neemt van strafbare feiten waarvan een mobiele rechtbank kennis neemt, maar een absolute onmogelijkheid betreft dat zeker niet.⁴⁷

Het feit is gepleegd tezamen met burgers

Artikel 4 Wms bevat een bijzondere regeling voor de gevallen waarin militairen vergrijpen plegen in vereniging met burgers. Burgers kunnen in beginsel niet voor een militair rechtscollege worden gebracht. In 1976 oordeelde het EHRM dat het systeem van een krijgsraad als zodanig niet in strijd is met artikel 6 EVRM, mits het betreffende proces gevoerd wordt tegen militairen.⁴⁸ Er moet grote terughoudendheid worden betracht bij het berechten van burgers door krijgsraden, militaire tribunalen of rechterlijke colleges waar een militair lid in plaatsneemt.⁴⁹ In Nederland wordt recht gedaan aan deze uitspraak doordat in het Koninkrijk de berechting van burgers door een militair rechtscollege alleen mogelijk is indien vanwege de uitzonderingstoestand een mobiele rechtbank is ingesteld. Toch heeft de wetgever het wenselijk geoordeeld dat berechting van de militaire en niet-militaire verdachte voor één rechterlijke instantie kan plaatsvinden. Dit betreft derhalve de commune rechter die op grond van de artikelen 2 tot en met 6 Sv bevoegd is om kennis te nemen van het feit. Artikel 4, tweede lid, Wms geeft aan dat de betreffende commune rechter bij voorkeur kennis neemt van het strafbare feit. De militaire kamer van de rechtbank Arnhem blijft dus wel degelijk bevoegd om van het feit kennis te nemen.⁵⁰

In artikel 4, eerste lid, Wms wordt gesproken over deelneming aan strafbare feiten door niet-militaire verdachten. Artikel 6, eerste lid, Sv bepaalt dat bij deelneming van meer dan één persoon aan hetzelfde strafbare feit de bevoegdheid ten aanzien van één der daders de bevoegdheid ten aanzien van de andere meebrengt. Als een militaire en niet-militaire verdachte samen van drugshandel verdacht worden, dan is de commune rechter bevoegd.⁵¹ Op grond van artikel 6, derde lid, Sv kan in de gevallen waarin door meer dan één persoon, al dan niet tezamen, verschillende strafbare feiten zijn begaan die met elkaar verband houden de behandeling door één rechtbank plaatshebben.⁵² Als een militaire en een niet-militaire verdachte vernielingen aanrichten, en er kan duidelijk worden bewezen dat de militair alleen een bepaald goed heeft

⁴⁶ A.F.Vink, 'l'Armée est un état qui voyage, là ou est le drapeau, là est la France', *MRT* 2009, p. 154-163.

⁴⁷ Artikel 10, vierde lid, Wms.

⁴⁸ EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (Engel e.a. tegen Nederland).

⁴⁹ EHRM 12 maart 2003, Application nr. 46221/99, NJB 2003, nr. 20 (Öcalan tegen Turkije).

⁵⁰ Rb Arnhem 9 mei 2005, *MRT* 2006, p. 193. De militaire kamer gaf expliciet dezelfde uitleg aan deze bepaling. In de zaak werd overigens ook overwogen dat niet was gebleken dat tegen de niet-militaire verdachten vervolging was ingesteld, waardoor de militaire kamer hoe dan ook bevoegd was.

⁵¹ Rb Middelburg 21 januari 2004, LJN AO2130.

⁵² Rb Maastricht 11 juli 2006, LJN AY3794. De rechtbank komt op basis van een redelijke wetsuitleg tot het door de wetgever beoogde effect, maar lijkt deze bepaling over het hoofd te hebben gezien.

vernield, dan staat dat in zodanige verbinding met de andere vernielingen dat ook daarvoor de commune rechter bevoegd is.⁵³ Is een dergelijk verband niet of onvoldoende aanwezig, dan is de commune rechter alsnog onbevoegd.⁵⁴

De militaire rechter is echter weer exclusief bevoegd als het vergrijp in kwestie strafbaar is gesteld in het Wetboek van Militair Strafrecht (MSr). Dat geldt ook als tegen de niet-militaire deelnemers geen vervolging wordt ingesteld, van verdere vervolging wordt afgezien of de kennisgeving van de feiten door de kinderrechter geschiedt. Deze – zo u wilt – uitzondering op deze uitzondering is omschreven in artikel 4, tweede lid, Wms.

De verdachte was tijdens een deel van het vergrijp militair

De laatste uitzondering die aan de bevoegdheid van de militaire rechter in de weg staat, betreft het geval waarin een deel van het vergrijp wordt gepleegd in een periode waarin de verdachte geen militair is. Dat kan zich voordoen als de verdachte tijdens het plegen van de strafbare feiten militair wordt, of als hij juist zijn militaire status verliest. Zo is onlangs een ex-militair veroordeeld voor het plegen van ontuchtige handelingen met minderjarigen. Een deel van deze vergrijpen vond plaats terwijl de verdachte nog militair was, een ander deel vond plaats nadat hij zijn militaire status had verloren. Voor het gedeelte van de ontuchtige handelingen dat plaats had toen verdachte nog militair was, moest hij zich verantwoorden voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem.⁵⁵ Voor het gedeelte van de ontuchtige handelingen dat plaats had na het ontslag van de verdachte uit het militaire ambt, moest hij zich verantwoorden voor de commune meervoudige kamer van de rechtbank Arnhem.⁵⁶

Een opmerkelijke uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch kan in dit verband niet onbesproken blijven.⁵⁷ Twee verdachten stonden terecht voor diverse inbraken, het inrijden op fietsers en een flink aantal zaaksbeschadigingen in de periode van 5 januari 2007 tot en met 10 oktober 2007. Één verdachte was de gehele periode militair en zal zich voor zijn aandeel in de zaak moeten verantwoorden voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem. De andere verdachte – die in 's-Hertogenbosch terecht stond – was tot 1 juni 2007 militair. De rechtbank 's-Hertogenbosch was derhalve niet bevoegd om kennis te nemen van de vergrijpen die plaatsvonden in de periode van 5 januari 2007 tot en met 31 mei 2007. Toch verklaarde de rechtbank zichzelf bevoegd met een nogal curieus beroep op de parlementaire geschiedenis:

Redelijke wetsuitleg leidt, in het licht van de ratio van de regeling zoals die blijkt uit de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, in deze zaak tot een andersluidend oordeel. Er is hier sprake van series van drie soorten delicten, waarbij de verdachte blijkens het onderzoek ter terechtzitting steeds voor een deel van die delicten wel en voor het andere deel geen

⁵³ Rb Alkmaar 24 oktober 2006, MRT 2007, p. 338, m.nt. J.R.G.J. In deze zaak werden een marineofficier en zijn vrouw veroordeeld voor het op grote schaal voorhanden hebben en distribueren van kinderporno.

⁵⁴ Rb Maastricht 11 juli 2006, LJN AY3794.

⁵⁵ Rb Arnhem 7 december 2009, LJN BK5476.

⁵⁶ Rb Arnhem 7 december 2009, LJN BK5486. Voor een ander voorbeeld waarin de commune meervoudige kamer zich onbevoegd achtte om kennis te nemen van een groot deel van mishandelingen en ontuchtige handelingen, omdat deze zich hadden afgespeeld in de tijd dat de verdachte militair was, kan verwezen worden naar Rb Arnhem 5 januari 2007, MRT 2008, p. 41, m.nt. J.R.G.J.

⁵⁷ Rb 's-Hertogenbosch 2 mei 2008, MRT 2009, p. 109, m.nt. M.M.D.

militaire status had, terwijl er geen enkel verband bestaat tussen de delicten en de militaire status van verdachte. Die situatie is in de parlementaire geschiedenis niet onder ogen gezien. Een letterlijke interpretatie van de wet zou in het hier voorliggende geval in strijd zijn met de ratio ervan. Het is immers de bedoeling van de wetgever geweest om een regeling tot stand te brengen waardoor een feitencomplex zo veel mogelijk door één rechter wordt afgedaan en wel door de commune rechter, tenzij bijzonder inzicht in het militaire leven of bijzondere deskundigheid van militaire delicten is vereist. Die uitzonderingen doen zich hier - het eerste ook met name blijkens het onderzoek ter terechtzitting - niet voor.

Allereerst is het opmerkelijk dat de rechtbank verwijst naar een vermeende leemte in de parlementaire geschiedenis behorende bij de huidige Wet militaire strafrechtspraak. Deze zou geen antwoord bieden op de vraag welke rechter ten aanzien van welke feiten bevoegd is indien de verdachte gedurende het plegen van misdrijven zijn militaire status verliest. Een antwoord hierop is evenwel rechtstreeks uit de wet te halen. Militairen moeten zich verantwoorden voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem⁵⁸ terwijl de burger voor de bevoegde commune rechtbank moet verschijnen.⁵⁹ Dat de verdachte na het plegen van het feit is ontslagen uit de militaire dienst, doet daar niets aan af. In weerwil van wat de rechtbank 's-Hertogenbosch stelt is over deze situatie tijdens de parlementaire behandeling wel degelijk nagedacht, hetwelk de rechtbank Arnhem kennelijk niet ontgaan is.⁶⁰ Verder veronderstelt de rechtbank 's-Hertogenbosch een bedoeling van de wetgever die hij niet voor ogen heeft gehad. Uit niets blijkt dat de wetgever een regeling wenste waarin een feitencomplex zo veel mogelijk door een rechterlijke instantie wordt afgedaan en wel door de commune rechter, tenzij bijzonder inzicht in het militaire leven of bijzondere deskundigheid van militaire delicten is vereist. De hoofdregel, zoals neergelegd in artikel 2 Wms, behelst exact het tegenovergestelde. Onder normale omstandigheden worden militairen in Nederland vervolgd voor de militaire kamer van de rechtbank Arnhem. Een mogelijke uitzondering vormt de deelneming aan strafbare feiten door een of meerdere niet-militaire verdachte(n). Deze uitzondering heeft zich in dit geval in het geheel niet voorgedaan waardoor de beweegreden van de rechtbank 's-Hertogenbosch om zichzelf in vornoemde zaak bevoegd te verklaren onbegrijpelijk is. In zijn naschrift bij de uitspraak concludeert dr. Dolman dat voor de uitspraak vanuit het oogpunt van een doelmatige rechtspleging wel wat te zeggen is. Doelmatig is het zeker, maar juridisch deugt het niet. Het had de rechtbank dan ook gesierd om vanuit het oogpunt van doelmatigheid de wet ter zijde te stellen, en niet met een misplaatst beroep op een vermeende leemte in de parlementaire geschiedenis. Het had het eindoordeel overigens juridisch niet minder ondeugdelijk gemaakt, maar wellicht meer begrijpelijk.

Conclusie

Door de eeuwen heen is de militaire strafrechtspraak in Nederland sterk verschillend geregeld geweest. De berechting van typisch militaire vergrijpen is vrijwel altijd door de militaire

⁵⁸ Artikel 2 jo. artikel 3 Wms.

⁵⁹ Artikel 2 tot en met 6 Sv.

⁶⁰ Zie de reeds genoemde uitspraken Rb Arnhem 7 december 2009, LJN BK5476 en Rb Arnhem 7 december 2009, LJN BK5486.

BESCHOUWING

rechter ter hand genomen, met uitzondering van de laatste twee jaren van de Tweede Wereldoorlog waarin door de bezetter een separate militaire rechter in zijn geheel was afgeschaft. In de tijd van de Republiek is er nooit een eensluidend standpunt ingenomen of de berechting van commune delicten gepleegd door militaire verdachten door een commune of militaire rechter dient plaats te vinden, met als gevolg dat dit meer dan eens een twistpunt werd tussen de krijgsraden en de lokale commune rechtspraak. Tijdens de Franse tijd wordt de knoop principieel doorgemaakt in het voordeel van de commune rechter. Na de Franse tijd is het wel altijd zo geweest dat de militaire rechter bevoegd was om van zowel militaire als commune delicten kennis te nemen die gepleegd waren door militaire verdachten, behoudens enkele specifieke uitzonderingen.

De berechting van militaire verdachten heeft, behalve tijdens de bezetting van Nederland door nazi-Duitsland gedurende de Tweede Wereldoorlog, tot voor enige tijd geleden plaats gehad door krijgsraden met een aparte appelinstantie, het Hoog Militair Gerechtshof. Vanaf 1991 is de berechting van militairen in eerste aanleg ondergebracht bij militaire kamers van de rechtbank Arnhem alsmede de Gerechten in eerste aanleg van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Onder door de wet limitatief te stellen voorwaarden is evenwel berechting in eerste aanleg door een mobiele rechtbank mogelijk. Het hoger beroep dient bij de militaire kamer van het hof Arnhem respectievelijk het Gemeenschappelijk Hof van Justitie. Sinds 1979 staat voor militairen tevens het beroep in cassatie open bij de Hoge Raad der Nederlanden.

Uitzondering op de exclusieve jurisdictie van de militaire rechter over de militaire verdachte betreft de gevallen waarin aan strafbare feiten is deelgenomen door een niet-militaire verdachte. In dergelijke gevallen is als uitgangspunt de commune rechter bevoegd, omdat terughoudendheid dient te worden betracht bij de berechting van niet-militairen door een militair rechtscollege. Voor de militaire verdachte kan ten aanzien van dit uitgangspunt weer een uitzondering gelden, waardoor de militaire rechter wederom exclusief bevoegd wordt. Dit doet zich voor als het vergrijp in kwestie strafbaar is gesteld in het Wetboek van Militair Strafrecht (MSr) of als tegen de niet-militaire deelnemers geen vervolging wordt ingesteld, van verdere vervolging wordt afgezien of de kennisneming van de feiten door de kinderrechter geschiedt.

Voorzorgsmaatregelen bij aanvallen en de legaliteit van de knock on the roof methode

DOOR MR. J.C. VAN DEN BOOGAARD¹

Bevat het humanitair oorlogsrecht een verplichting om tijdens gewapend conflict de burgerbevolking te waarschuwen voor een ophanden zijnde aanval? Tijdens een lezing van kolonel Libman, Israëlisch militair jurist, tijdens een bijeenkomst van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht kwam onder meer deze vraag aan de orde. Deze bijdrage brengt eerst verslag uit van zijn lezing over voorzorgsmaatregelen in het humanitair oorlogsrecht. Daarna wordt de plicht om te waarschuwen nader bekeken. Speciale aandacht wordt gegeven aan de praktijk van de IDF om via de zogenaamde knock on the roof methode een aanstaande aanval aan te kondigen. Onderzocht zal worden of deze methode geoorloofd is volgens de regels van het humanitair oorlogsrecht.

Inleiding

Op 22 en 23 september 2010 organiseerde de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht in het kader van de *éducation permanente* een tweedaags seminar voor haar militair juristen. De onderwerpen van het seminar, dat werd gehouden in Den Helder, waren enerzijds gericht op het maritiem optreden, in het bijzonder de bestrijding van piraterij, en anderzijds op het lucht-optreden. Een van de sprekers over het lucht-optreden was kolonel Liron Libman van de Israel Defense Forces.² Hij besprak de wijze waarop de IDF tijdens gewapend conflict omgaan met voorzorgsmaatregelen bij aanvallen.

Het eerste deel van deze bijdrage bestaat uit een kort verslag van de lezing van kolonel Libman. Daarbij worden de door de IDF gebruikte waarschuwingsmethoden tijdens de oorlog in Gaza in 2008-2009³ kort besproken. In het bijzonder zal een specifieke waarschuwingsmethode worden beschreven die de IDF hebben toegepast tijdens de oorlog in Gaza, namelijk de zogenaamde *knock on the roof* methode. Het doel van deze bijdrage is te bezien in hoeverre deze methode is geoorloofd onder de regels van het humanitair oorlogsrecht.

Na het verslag van de lezing bespreek ik in het tweede deel van deze bijdrage in hoeverre het humanitair oorlogsrecht de plicht oplegt aan partijen bij een gewapend conflict om burgers te waarschuwen voordat een aanval wordt uitgevoerd. Vervolgens komt het onderscheid tussen algemene en specifieke waarschuwingen aan de orde. Daarna zal de focus liggen op de *knock*

¹ Universitair Docent Militair Recht aan de Faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie (NLDA), tevens onderzoeker aan het Amsterdam Center for International Law (ACIL) van de Universiteit van Amsterdam. De auteur dankt zijn collega's van de Sectie Militair Recht NLDA en tlt. B.B. Brans voor hun waardevolle opmerkingen en suggesties. De inhoud van dit artikel komt uitsluitend voor rekening van de auteur en geeft niet noodzakelijkerwijs de mening van het Ministerie van Defensie, de NLDA of het ACIL weer.

² Hierna: IDF. Uiteraard beschikt Israel voor luchtoperaties over de Israel Air Force (IAF), maar in deze bijdrage gebruik ik kortsheidshalve alleen de IDF.

³ Deze operatie is ook bekend als *Operation Cast Lead* (gegoten lood).

on the roof methode. Daarbij rijst ten eerste de vraag in hoeverre de *knock* zelf gezien moet worden als een aanval in de zin van het humanitair oorlogsrecht. Vervolgens zal worden gekeken naar de status van een waarschuwingsschot binnen het humanitair oorlogsrecht. Ik sluit af met een conclusie.

Deel I - Verslag lezing

Kolonel Liron Libman is Hoofd Internationaal Recht, Hoofdkwartier IDF, en zijn lezing was getiteld *Precautions in Attack, from Theory to Practice and Back*.⁴ Na enige algemene opmerkingen over de kenmerken van het hedendaags conflict waarbinnen de IDF vechten, besprak kolonel Libman eerst de verplichtingen van een partij bij een gewapend conflict voor wat betreft de gevolgen van aanvallen. Die verplichtingen zijn opgenomen in artikel 58 van het Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève (hierna: API). Net als in artikel 57 API betreffen de voorzorgsmaatregelen van artikel 58 API maatregelen die moeten worden genomen tijdens het voeren van de vijandelijkheden. Anders dan artikel 57 - dat gaat om de burgers op de plaats waar de vijand zich bevindt – behandelt artikel 58 API de burgerbevolking onder het eigen gezag.⁵ Voorbeelden van deze voorzorgsmaatregelen zijn schuilplaatsen tegen raketaanvallen, sirenes die afgaan wanneer er raketten worden afgevuurd,⁶ het verwijderen van de burgerbevolking uit de nabijheid van de militaire operaties en de plicht om civiele objecten niet te gebruiken om aanvallen te plegen.⁷

Kolonel Libman begon zijn bespreking van voorzorgsmaatregelen bij aanvallen met een beschrijving over de wijze waarop de planning en besluitvorming van doelbestrijding plaatsvindt.⁸ Hij maakte daarbij onderscheid tussen vooraf geplande doelwitten en gelegenheidsdoelen.⁹ Voor de eerste categorie bestaat een uitgebreide procedure, waarbinnen juridisch advies een belangrijke rol speelt. Voor de tweede soort doelwitten is het naast de regels van het humanitair oorlogsrecht ook belangrijk dat de toepasselijke *rules of engagement* adequaat zijn, omdat er in die gevallen meestal minder tijd is voor het doorlopen van een uitgebreide doelbestrijdingpro-

⁴ De lezing van kolonel Libman was niet geclassificeerd. Tijdens zijn lezing sprak hij op persoonlijke titel, en maakte hij het voorbehoud dat de inhoud van zijn lezing niet noodzakelijkerwijs overeenkwam met de mening van de IDF of de staat Israël. Kolonel Libman is op de hoogte van het feit dat zijn lezing als uitgangspunt is gebruikt voor onderhavige bijdrage. Fouten in de weergave van de lezing van kolonel Libman komen echter geheel voor rekening van de auteur.

⁵ Hoewel kolonel Libman sprak over 'eigen burgers' is de regel dat het gaat om burgers 'onder eigen gezag' en dus strekt de bescherming zich uit over de gehele burgerbevolking, ongeacht nationaliteit of loyaliteit. Hieronder vallen ook burgers in bezet gebied.

⁶ Dit verklaart volgens kolonel Libman het feit dat relatief weinig Israëlische slachtoffers zijn gevallen onder de burgerbevolking bij de aanvallen door raketten die vanuit de Gaza strook werden afgevuurd.

⁷ Kolonel Libman stelde dat vele aanvallen van Hamas plaatsvonden vanaf, of vanuit de directe nabijheid van burgerobjecten. Hij toonde ter illustratie een luchtfoto van Gaza Stad waarop die plaatsen zijn aangegeven waarvandaan tijdens de oorlog in Gaza in 2008-2009 aanvallen werden gepleegd. Ook toonde hij een filmpje dat het afschieten van een raket in de directe nabijheid van een school toont. Het betreffende filmfragment is online beschikbaar; zie <http://www.youtube.com/watch?v=zmXXUOs27II> (geraadpleegd 26 januari 2011).

⁸ Voor een handzaam stappenplan voor doelbestrijding conform het toepasselijk juridische kader, zie I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Nijhoff, 2009, Hoofdstuk 9 (getiteld 'Who owns the bomb?'), pp. 233-242.

⁹ Ook bekend als *immediate targets* of *targets of opportunity*. De aanval hierop wordt wel aangeduid als *time sensitive targeting*. Het betreft derhalve doelen waarvan niet van tevoren was vastgesteld dat deze zouden kunnen worden aangegrepen, of doelen die zich slechts tijdelijk kunnen worden aangevallen. Het geven van *close air support* zou ook begrepen kunnen worden onder *time sensitive targeting*.

cedure. Daarna behandelde kolonel Libman achtereenvolgens de inhoud van de verschillende voorzorgsmaatregelen die in artikel 57 API zijn opgenomen: de verificatie van het doel, de keuze van middelen en methodes, wat te doen in geval van een keuze tussen “gelijkwaardige” militaire doelen, het geven van waarschuwingen, het bepalen van de proportionaliteit van de aanval en tenslotte het afbreken van een missie die al is begonnen. Libman merkte hierbij op dat hoewel Israël geen partij is bij API, zij van mening is dat deze bepaling de status heeft van gewoonterecht.¹⁰

Volgens kolonel Libman hebben de IDF tijdens operatie Cast Lead gebruik gemaakt van zowel algemene als specifieke waarschuwingen. De waarschuwingen zijn verspreid via verschillende methodes, zoals strooipamfletten en radio- en telefoonberichten. Een voorbeeld van een gebruikte waarschuwing op een strooifolder luidt als volgt:

“To the Residents of the Area

Because of the terrorist actions that terrorist elements are carrying out from the areas where you live against the State of Israel, the Israel Defense Forces are obliged to carry out an immediate response and operate inside the areas where you live.

For your safety you are asked to evacuate this area as soon as possible.

Commander, Israel Defense Forces”¹¹

Ook beschreef Libman tijdens zijn lezing de *knock on the roof* methode. Als voorbeeld liet hij een – deels geanimeerd – filmfragment¹² zien waarin deze procedure wordt toegelicht. Volgens hem geeft dit fragment goed weer op welke wijze er in de praktijk gebruik is gemaakt van deze methode.

In de film wordt naar een woonhuis gebeld met de mededeling dat men informatie heeft dat er wapens in zijn opgeslagen.¹³ De bewoner wordt gewaarschuwd om zichzelf en zijn familie binnen vijf minuten in veiligheid te brengen, omdat het huis zal worden aangevallen vanuit de lucht. Ondertussen heeft een camera onder een onbemand vliegtuig het huis onder waarneming. Na het telefoongesprek gebeurt echter niet hetgeen de IDF hadden beoogd, maar het tegenovergestelde: niet alleen de bewoners van het betreffende huis, maar ook de burens verzamelen zich op het dak van het huis, om op die manier het huis te ‘beschermen’ tegen een

¹⁰ Dit is ook de conclusie van de ICRC Gewoonterechtstudie, zie J-M. Henckaerts en L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, Rules, rule 20, p. 62. Het commentaar op de *Air and Missile Warfare Manual* stelt dat de verplichting om te waarschuwen gewoonterechtelijke status heeft vanwege het feit dat het al in het Haags Landoorlogreglement 1907 is opgenomen. Zie Harvard University, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 2009, p. 134.

¹¹ De tekst van dit pamflet is afkomstig uit de door kolonel Libman gebruikte powerpoint-presentatie.

¹² Dit filmfragment is te vinden op de website www.apacheclips.com (registratie benodigd), http://www.apacheclips.com/media/15028/039; Hamas_used_kids_as_human_shields039/ (geraadpleegd 26 januari 2011).

¹³ Het bellen gebeurde door de civiele inlichtingendienst Shin Bet, zie <http://www.defensenews.com/story.php?i=3885990> (geraadpleegd 26 januari 2011).

luchtaanval.¹⁴ De bewoners gaan er kennelijk van uit dat hun aanwezigheid op het dak de IDF zullen doen besluiten om het huis niet aan te vallen. In reactie daarop wordt door een vliegtuig of gevechtshelikopter een klein kaliber projectiel afgevuurd op een deel van het dak van het huis waar niemand staat, als waarschuwing, om aan de burgers te bewijzen dat het de IDF me-nens is. Daarop verlaten de burgers alsnog het dak, waarna de IDF het gebouw bombarderen. Een secundaire explosie na de impact van het afgevuurde Israëlische projectiel in het getoonde filmfragment bewijst volgens Libman dat de informatie correct was, en de opgeslagen munitie is vernietigd. De *knock* als zodanig is volgens Libman aan te merken als een waarschuwingsschot. De *knock on the roof* methode is volgens Libman in Gaza meer dan tweehonderd keer gebruikt, en iedere keer was deze methode effectief.¹⁵

Toch is deze methode ook bekritiseerd, bijvoorbeeld in het zogenaamde Goldstone Rapport. Dit rapport is opgesteld door een onderzoekscommissie die door de Human Rights Council van de Verenigde Naties is aangesteld en onder leiding stond van de Zuid-Afrikaanse rechter Richard Goldstone.¹⁶

Kolonel Libman sloot zijn lezing af met wijze raad voor de aanwezige militair juristen:

- de theorie is niet gemakkelijk, maar de praktijk is nog moeilijker
- zorg voor een zo goed mogelijke voorbereiding, maar wees er op voorbereid dat er zich situaties voor zullen doen die u niet had voorzien;
- leer de ‘taal’ van de operationele en technische officieren;
- ken uw plaats: wees duidelijk en assertief wanneer dat nodig is, maar erken de verantwoordelijkheid van de commandant.

Deel 2 - Beschouwing

De *knock on the roof* methode werd gebruikt om burgers te waarschuwen om weg te gaan, en te blijven, van een object dat de IDF wilden aanvallen.¹⁷ Aldus is dit een voorzorgsmaatregel

¹⁴ Zie bijvoorbeeld <http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/129267> (geraadpleegd 26 januari 2011).

¹⁵ Het aantal keren dat de procedure is gebruikt kan niet in openbare bronnen worden bevestigd. Voor een beschrijving van de procedure, zie het rapport van het Israëlische Ministerie van Buitenlandse Zaken (hierna: rapport Israëlische Ministerie van Buitenlandse Zaken), beschikbaar op <http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/E89E699D-A435-491B-B2D0-017675DAFEF7/0/GazaOperation.pdf> (geraadpleegd op 26 januari 2011), paragraaf 264 op p. 100: “[...] the IDF made specific telephone calls just before an attack was about to take place, informing residents at risk about the upcoming strike and urging them to leave the place. In certain instances, although such warnings were made, the civilians chose to stay. In such cases, the IDF made even greater efforts to avoid civilian casualties and minimise collateral damage by firing warning shots from light weapons that hit the roofs of the designated targets, before proceeding with the strike. These warnings were accompanied by real-time surveillance in order to assess the presence of civilians in the designated military target, despite the advance warnings. Accordingly, the commander in charge assessed whether the collateral damage anticipated, including to those who chose to stay at the premises, was not excessive in relation to the military advantage anticipated. The specific warnings were generally effective. Several such incidents are discussed in Section V.D(2), including one in which all residents of a four-story apartment building safely evacuated following a series of warnings, and another in which surveillance confirmed the evacuation of a group of residents, although apparently one family remained despite the extensive warnings.”

¹⁶ UN Human Rights Council, *Report of the Fact Finding Commission on the Gaza Conflict* (15 september 2009) UN Doc A/HRC/12/48 (hierna: Goldstone rapport). De kritiek die in het Goldstone rapport wordt gegeven op de *knock on the roof* methode komt hieronder aan de orde bij de bespreking van de juridische toelaatbaarheid van de methode. Voor kritiek op het Goldstone rapport, zie bijvoorbeeld L.R. Blank, “The Application of IHL in the Goldstone Report: A Critical Commentary” (2009) vol. 12, *Yearbook of International Humanitarian Law*, pp. 347-402.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld <http://www.haaretz.com/news/idf-phones-gaza-residents-to-warn-them-of-imminent-strikes-1.267350> (geraadpleegd 26 januari 2011).

in de vorm van een waarschuwing in de zin van artikel 57, tweede lid, onder c API. Dit artikel luidt: “Met betrekking tot aanvallen dienen de volgende voorzorgen te worden genomen: (...) omtrent aanvallen die ook de burgerbevolking zouden kunnen treffen, dient op effectieve wijze vooraf een waarschuwing te worden gegeven, tenzij de omstandigheden dat niet toelaten.”

De verplichting tot het waarschuwen van de burgerbevolking is reeds gecodificeerd in de *Lieber Code* uit 1863 en de bepaling komt ook terug in het Haags Landoorlogreglement 1907.¹⁸ De plicht tot het waarschuwen voorafgaand aan een aanval komt ook elders in het humanitair oorlogsrecht voor. Zo is het aanvallen van een burgerziekenhuis of een andere civiele geneeskundige installatie dat zijn bescherming heeft verloren pas toegestaan nadat een waarschuwing is gegeven en er een redelijke termijn is verstreken waarbinnen niet adequaat is gereageerd.¹⁹ Ook voor het aanvallen van culturele goederen²⁰ en het plaatsen van landmijnen²¹ kan een extra verplichting gelden om te waarschuwen.

Wanneer waarschuwen?

De definitie van artikel 57 API maakt primair duidelijk dat in het geval er – naar beste weten van de commandant die opdracht geeft tot de aanval – geen gevaar is dat er ook burgers getroffen worden, er geen waarschuwing hoeft te worden gegeven.²² Met andere woorden: combatanten hoeven niet te worden gewaarschuwd, maar burgers die gevaar lopen wel. Uiteraard moet de commandant wel al het praktisch uitvoerbare doen om zeker te stellen dat er inderdaad geen burgers aanwezig zijn. Dat vloeit voort uit artikel 57, tweede lid, sub a, onder i API en voor die commandanten wier staat geen partij bij API is, uit het gewoonterecht. Wanneer er wel een reëel risico bestaat voor het treffen van de burgerbevolking bij het aanvallen van een militair doel moet de aanvallende partij bezien of een waarschuwing op zijn plaats is.

Waarschuwing aan wie?

In de bepaling in het Haags Landoorlogreglement 1907 staat dat de waarschuwing moet zijn gericht ‘aan de autoriteiten’.²³ Binnen het hedendaags humanitair oorlogsrecht geldt de verplichting om te waarschuwen echter specifiek ten aanzien van de burgerbevolking. Tegelijkertijd kan de situatie toch zo zijn, dat het inlichten van de autoriteiten de beste manier is om de burgerbevolking te waarschuwen. In dat geval staat niets er aan in de weg om de waarschuwing via de autoriteiten af te geven.²⁴ Zo is bijvoorbeeld in het geval van de slag om Chora in Afghanistan gebruik gemaakt van waarschuwingen via de autoriteiten naast waarschuwingen via luidsprekers.²⁵

¹⁸ Zie artikel 19 *Lieber Code* en artikel 26 Haags Landoorlogreglement 1907.

¹⁹ Zie artikel 19 GIV en art. 13 API.

²⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 6, sub d en artikel 13, lid 2, sub c, Tweede Aanvullend Protocol (1999) bij het Culturele Goederenverdrag 1954.

²¹ Zie bijvoorbeeld artikel 6, vierde lid van het gewijzigd Protocol II (1996) bij het Conventionele Wapenverdrag 1980 inzake op afstand gelegde mijnen.

²² Zie voor een toepassing en toelichting: W. Baron & P.A.L. Ducheine, ‘De luchtaanval in Kunduz – Targeting en oorlogsrecht’, in: *Militaire Spectator*, Vol. 179, nr. 10, pp. 493-506, p. 504.

²³ Artikel 26 Haags Landoorlogreglement 1907.

²⁴ A.P.V. Rogers, *Law on the battlefield*, Manchester University Press, tweede editie, 2003, p. 100.

²⁵ Zie J. Boom, *Als een nacht met duizend sterren*, Amsterdam: Podium/BKB, 2010, p. 129.

Wanneer niet waarschuwen?

Duidelijk is daarnaast – gelet op de passage ‘tenzij de omstandigheden dat niet toelaten’ – dat er niet altijd een waarschuwing hoeft te worden gegeven. In ieder geval hoeft er geen waarschuwing te worden gegeven als het beoogde effect van de aanval daarmee teniet zou worden gedaan, omdat het effect van de verrassing niet meer optreedt, omdat het risico voor eigen troepen te groot zou worden, of omdat door tijdsdruk er geen gelegenheid bestaat om de waarschuwing te geven.²⁶ De clausule ‘tenzij de omstandigheden dat niet toelaten’ is derhalve een uiting van het beginsel van de militaire noodzaak. Ook dient een dergelijke aanval nog te voldoen aan de andere eisen die gelden bij het uitvoeren van een aanval, zoals de vraag of de te verwachten nevenschade niet disproportioneel is in verhouding tot het te verwachten militaire voordeel.²⁷

‘Op effectieve wijze’

Een volgend belangrijk punt in de bepaling over de waarschuwing is het feit dat de waarschuwing ‘op effectieve wijze’ moet worden gegeven. Deze formulering laat ruimte voor discussie. Wanneer is immers een waarschuwing effectief?

Een eerste aspect van een effectieve waarschuwing is de vraag welke methoden kunnen worden gebruikt om een effectieve waarschuwing te geven. Het ICRC commentaar bij artikel 57 API noemt als mogelijkheden een radioboodschap, pamfletten of het laag overvliegen door een vliegtuig.²⁸ Als gevolg van de technologische vooruitgang zijn er inmiddels uiteraard andere mogelijkheden, zoals het waarschuwen via luidsprekers, een televisieboodschap, e-mail, telefoon, of per ‘sms-bombardement’.²⁹ De meest effectieve methode zal in de praktijk afhangen van de situatie ter plaatse.³⁰ Het antwoord op de vraag of een waarschuwing middels een effectieve methode is gegeven is derhalve niet exact te definiëren, maar veelal een kwestie van *common sense*.³¹

Specifiek of algemeen?

Een tweede vraag die zich aandient is in hoeverre de eis dat de waarschuwing effectief moet zijn, betekent dat de waarschuwing *specifiek* moet zijn. De factoren die hierbij een rol spelen zijn in het bijzonder de plaats en het tijdstip van de aanval, en mogelijk ook de duur van de aanval

²⁶ Voor de laatste uitzondering: zie P.A.L. Duchêne en E.H. Pouw, *ISAF Operaties in Afghanistan, oorlogsrecht, doelbestrijding in counterinsurgency, ROE, mensenrechten & ius ad bellum*, Wolf Legal Publishers, 2010, p. 122.

²⁷ In andere woorden: de vraag of de aanval proportioneel is onder het humanitair oorlogsrecht, zie artikel 51, vijfde lid, onder b API en artikel 57, tweede lid, onder a, sub iii API.

²⁸ Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, 1987 (hierna: ICRC Commentaar op de Additionele Protocolen van 1977), paragraaf 2224.

²⁹ Het lijkt er op dat de IDF de techniek om per sms bombardement te waarschuwen hebben toegepast tijdens de oorlog tegen Hezbollah in 2006, zie Human Rights Watch, *Why They Died: Civilian Casualties in Lebanon during the 2006 War*, september 2007, p. 6-7, beschikbaar op <http://www.hrw.org/en/reports/2007/09/05/why-they-died> (geraadpleegd op 26 januari 2011). Deze praktijk komt overeen met het zogenaamde ‘amber-alert’ van de Nederlandse politie.

³⁰ Henderson, *supra* noot 8, p. 188. Zie ook J-F Quéguiner, “Precautions under the law governing the conduct of hostilities” (2006) vol. 88, nr. 864, *International Review of the Red Cross*, p. 808.

³¹ Rogers zegt ter toelichting dat “Obviously, a broadcast in a language that the population does not understand would not be effective. A warning to the authorities hundreds of miles away and cut off from the place of the proposed attack might also be considered ineffective.” Zie Rogers *supra* noot 24, p. 100.

en de routes en plaatsen die voor evacuatie van de burgers zouden moeten worden gekozen.³² Over de mate waarin een waarschuwing specifiek of algemeen moet zijn bestaat geen universele overeenstemming. Volgens het ICRC commentaar bij deze bepaling en de gewoonterechtstudie van het Internationale Comité van het Rode Kruis zijn algemene waarschuwingen niet uitgesloten.³³ Een dergelijke algemene waarschuwing kan bestaan uit een allesomvattende waarschuwing, bijvoorbeeld via een radio of televisie uitzending dat de burgerbevolking zich niet bij militaire doelen op moet houden.³⁴ Het ICRC baseert zich hierbij onder meer op statenpraktijk van de Verenigde Staten. Volgens deze praktijk lopen de eigen troepen in het geval van een specifieke waarschuwing extra risico en kan het succes van de operatie dan in gevaar komen.

Het is derhalve in beginsel mogelijk om een algemene waarschuwing voor een ophanden zijnde aanval te doen via de radio of middels pamfletten, gericht op een ieder in het totale operatiegebied, om weg te blijven bij bepaalde militaire doelen. De drempel om aan de juridische verplichting voor het waarschuwen van de burgerbevolking te voldoen lijkt op het eerste gezicht niet erg hoog te liggen: “[a] warning made in general terms at the start of the hostilities, and then repeated during the conflict, will satisfy both the letter and spirit of the obligation.”³⁵

Specifieke waarschuwingen

Toch lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat niet onder alle omstandigheden kan worden volstaan met een algemene waarschuwing. Er zijn wel degelijk omstandigheden denkbaar dat er strengere eisen moeten worden gesteld aan de mate waarin een waarschuwing specifiek is. De *Air and Missile Warfare Manual*, gepubliceerd in 2009, merkt op dat een waarschuwing zo specifiek moet zijn als de omstandigheden toelaten.³⁶ Het doel van deze benadering is “to allow the civilian population to take relevant protective measures, like seeking shelter or staying away from particular locations.”³⁷

Zo is het maar de vraag of een algemene waarschuwing voldoende is als bijvoorbeeld sprake is van volledig overwicht in de lucht, er tijd en capaciteit is om de waarschuwing te geven en het afgeven van die waarschuwing niet leidt tot extra gevaar voor de eigen troepen.³⁸ Ervan uitgaand dat er middelen beschikbaar zijn, moet in een dergelijk geval worden verwacht van de aanvallende partij dat deze zich een grotere inspanning getroost om de te verwachten nevenschade te beperken, omdat de omstandigheden dat toelaten. De partijen bij het gewapend conflict hebben immers steeds de algemenere verplichting om burgers zo veel mogelijk te ontzien. Deze verplichting volgt uit artikel 57, eerste lid API. Daarnaast zou kunnen worden betoogd dat ook uit de doorwerking van de beginselen van het humanitair oorlogsrecht deze verplichting volgt,

³² Zie ook het commentaar op de *Air and Missile Warfare Manual*, *supra* noot 10, p. 133.

³³ Zie ICRC Commentaar op API, *supra* noot 28, paragraaf 2225 en Henckaerts en Doswald-Beck, *supra* noot 10, p. 65.

³⁴ Henckaerts en Doswald-Beck, *supra* noot 10, p. 65.

³⁵ Quéguiner, *supra* noot 30, p. 808.

³⁶ Harvard University, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *The HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 2009, Rule 37, p. 18, (italics toegevoegd).

³⁷ Zie het commentaar op de *Air and Missile Warfare Manual*, *supra* noot 10, p. 133.

³⁸ Ook Quéguiner stelt dat soms een algemene waarschuwing alleen onvoldoende is: “[f]or example, when the target is an infrastructure that is essential for public service and is staffed almost permanently by civilians the warning will, depending on the circumstances, be more specific.” Zie Quéguiner, *supra* noot 30, p. 808.

omdat zowel op basis van het beginsel van militaire noodzaak, als op basis van het beginsel van humaniteit een meer specifieke waarschuwing op zijn plaats is. Bovendien ontslaat het geven van een algemene waarschuwing om een bepaald gebied te verlaten de aanvallende partij niet van zijn verplichting om onderscheid te maken tussen burgers en de strijders in dat gebied. Er mag dus niet van uit worden gegaan dat iedereen die achterblijft noodzakelijkerwijs een strijder is.³⁹ Dit geldt in het bijzonder in verstedelijkt gebied: “[i]t is clear that the precautions [of article 57] will be of greatest importance in urban areas because such areas are most densely populated”.⁴⁰

De conclusie is derhalve dat hoewel buiten kijf staat dat de verplichting bestaat om een algemene waarschuwing te geven, tenzij overwegingen van militaire noodzaak dat niet toelaten. Voorbeelden daarvan zijn verlies van een noodzakelijk verrassingseffect, vergroting van het risico voor eigen troepen of omdat tijdsdruk het geven van een waarschuwing niet toestaat. Ten aanzien van de mate waarin een waarschuwing specifiek moet zijn lijkt het recht zich te ontwikkelen naar de situatie dat vooral in verstedelijkt gebied een waarschuwing zo specifiek moet zijn als de omstandigheden toelaten.

Waarschuwingen in *Cast Lead*

Zoals hierboven opgemerkt, hebben de IDF tijdens operatie *Cast Lead* gebruik gemaakt van waarschuwingen via verschillende methodes, namelijk strooipamfletten, radio- en telefoonberichten. Het betrof hierbij zowel algemene als specifieke waarschuwingen.

Ten aanzien van de pamfletten geldt bijvoorbeeld dat deze doorgaans van algemene aard zijn, omdat ze eerst moeten worden geprint voordat ze kunnen worden verspreid. Zo kan worden opgemerkt ten aanzien van het pamflet waarvan hierboven de tekst is afgedrukt, dat het niet aangeeft voor de bewoners van welke huizen, of straten, of wellicht zelfs wijken de waarschuwing geldt. Dat kan een probleem zijn indien de pamfletten door de wind naar andere wijken worden geblazen. Ook kan worden opgemerkt dat de tekst van de waarschuwing niet aangeeft waarheen de burgers zouden moeten of kunnen vluchten, en welke routes veilig zijn. Aan de andere kant is het ook lastig om meer specifieke strooipamfletten te produceren op een moment dat wellicht nog niet bekend is waar het zwaartepunt van de operatie zal liggen. Andere pamfletten melden dat “the IDF will hit and destroy any building or site containing ammunition or weapons.”⁴¹ Deze waarschuwing is duidelijk gericht aan burgers die in een dergelijk gebouw wonen en dus worden geacht te weten dat er wapens in het gebouw aanwezig zijn. Maar dat kan voor de burens anders zijn. Tenslotte zijn er ook meer specifieke pamfletten verspreid, zoals in Rafah, waar de exacte plaatsen werden genoemd die zouden worden aangevallen, waar naartoe de burgerbevolking zou moeten vluchten en ook tot wanneer de waarschuwing gold.⁴² In totaal zijn ongeveer 2,5 miljoen pamfletten verspreid.⁴³

Bij het waarschuwen per telefoon zijn zowel algemene, vooraf opgenomen telefoonberichten gebruikt als specifieke waarschuwingen aan personen van wie huizen kort na het

³⁹ Quéguiner, *supra* noot 30, p. 809.

⁴⁰ Zie ICRC Commentaar op API, *supra* noot 28, paragraaf 2190.

⁴¹ Zie het rapport van het Israëliëse Ministerie van Buitenlandse Zaken, *supra* noot 15, p. 99.

⁴² *Idem*.

⁴³ Zie rapport Israëliëse Ministerie van Buitenlandse Zaken, *supra* noot 15, paragraaf 264, p. 99.

ontvangen van de telefonische waarschuwing zijn verwoest.⁴⁴ Volgens het Israëliëse Ministerie van Buitenlandse Zaken is er 165.000 keer via de telefoon een waarschuwing gegeven.⁴⁵ De kritiek van het Goldstone rapport op de vooraf opgenomen berichten was dat deze waarschuwingen, net als de in algemene termen gestelde pamfletten, niet effectief waren, omdat ze te algemeen van aard waren en daarom eerder neerkwamen op het verspreiden van terreur (vreesaanjanging van burgers).⁴⁶ Ook merkt het Goldstone rapport op dat niet in alle gevallen na het afgeven van een telefonische waarschuwing daadwerkelijk over is gegaan tot een aanval.⁴⁷ Dit kan echter ook met andere zaken te maken gehad hebben, bijvoorbeeld omdat de bijkomende schade toch te groot werd geacht, of omdat de middelen om de aanval uit te voeren niet beschikbaar waren.⁴⁸ Het is wel zo dat een eenmaal afgegeven waarschuwing geen onbeperkte houdbaarheid heeft. Indien er teveel tijd verstrijkt tussen de waarschuwing en het tijdstip waarop de aanval daadwerkelijk plaatsvindt, moet de waarschuwing nogmaals worden afgegeven. Als illustratie kan de aanval door NAVO op de TV-toren in Belgrado op 12 april 1999 worden genoemd. Hier werden de Servisch-Montenegrijnse autoriteiten maar liefst elf dagen voordat de aanval op 23 april 1999 werd uitgevoerd, voor gewaarschuwd.⁴⁹

De *knock on the roof* methode werd in het bovengenoemde voorbeeld gebruikt in combinatie met andere methoden, met name telefonische waarschuwingen in situaties waarin de IDF werden geconfronteerd met een menselijk schild.⁵⁰ In een dergelijk geval hadden noch de algemene waarschuwing, noch de meer specifieke telefonische waarschuwing, het gewenste effect bereikt. Met de *knock on the roof* methode werd in een dergelijk geval beoogd nog specifiekere waarschuwen voor de aanstaande aanval.⁵¹

Samenvattend kan worden gesteld dat hoewel het afgeven van meer specifieke waarschuwingen de voorkeur moet hebben indien de omstandigheden dat toelaten, ook algemene waarschuwingen zoals radioberichten, strooipamfletten en opgenomen telefoongesprekken kunnen voldoen aan de eis van artikel 57, tweede lid, onder c API om voorafgaand aan een aanval de burgerbevolking te waarschuwen. De stelling van het Goldstone rapport dat de algemene waarschuwingen zijn aan te merken als 'vreesaanjangend' lijkt te ver gezocht. Om onder het verbod

⁴⁴ Zie *supra* noot 16.

⁴⁵ Goldstone rapport, *supra* noot 16, paragraaf 505.

⁴⁶ In de zin van artikel 51, tweede lid, API. Zie Goldstone rapport, *supra* noot 16, paragraaf 531.

⁴⁷ Het Goldstone rapport geeft het voorbeeld van de Al-Bader Flour Mill, *supra* noot 16, paragraaf 504. Kolonel Libman verbaasde zich over deze opmerking, omdat deze neerkomt op het verrassende verwijt dat het IDF *niet* hebben aangevallen.

⁴⁸ In een aantal gevallen hebben de IDF op het laatste moment afgezien van een aanval, of zelfs al afgeschoten raketten alsnog van koers laten veranderen zodat zij op een ongevaarlijke plaats neerkwamen. Zie rapport Israëliëse Ministerie van Buitenlandse Zaken, *supra* noot 15, p. 97.

⁴⁹ Voor dit voorbeeld, zie Quéguiner, *supra* noot 30, p. 808-809. Quéguiner merkt op dat de dreiging van de aanval na elf dagen niet meer aannemelijk was.

⁵⁰ Het gebruik van een menselijk schild is in strijd met artikel 51, zevende lid API.

⁵¹ De algemene waarschuwing om geen militaire middelen in woningen op te slaan was eerder al afgegeven. Deze werd gevolgd door een specifiek aan dat huisadres gericht telefonisch bericht om het huis te verlaten in verband met de aanstaande aanval, en tenslotte door de *'knock on the roof'* om die bewoners die het huis nog weigerden te verlaten te bewegen zichzelf alsnog in veiligheid te brengen. De cumulatie van alle gehanteerde methoden maakt de waarschuwing steeds specifiekere.

van artikel 52, tweede lid, tweede zin,⁵² te vallen, zou het verspreiden van terreur het hoofddoel moeten zijn van de waarschuwing. Er is natuurlijk een belangrijk verschil tussen een bedreiging en een waarschuwing. Zolang de doelen waarop de aangekondigde aanval zijn gericht kunnen worden aangemerkt als legitieme militaire doelen, is de waarschuwing voor de aanval daarop niet verboden onder artikel 51 lid 2 API, ook al wordt die waarschuwing als vreesaanjagend ervaren. Een dergelijke waarschuwing kan in ieder geval niet kwalificeren als een terreuraanval in de zin van artikel 51 lid 2.⁵³ Bovendien is het maar de vraag of de waarschuwingen van de IDF nog veel hebben bijgedragen aan de reeds aanwezige angst van de burgerbevolking, veroorzaakt door de daadwerkelijke (hevige) gevechtshandelingen die reeds aan de gang waren.⁵⁴

Het is eerder prijzenswaardig dat de IDF kennelijk veel moeite hebben gedaan om tijdens operatie Cast Lead de burgerbevolking te waarschuwen dat Hamas installaties en Hamas strijders zouden worden aangevallen.⁵⁵ Zo is de burgerbevolking in ieder geval de kans geboden om zich zo veel (of ver) mogelijk van Hamas te distantiëren. Het is lastig om hierbij te beoordelen of het in de praktijk van het afgegrensde Gaza ook daadwerkelijk mogelijk was om een veilig heenkomen te vinden. Hoe dan ook blijven naast de verplichting om te waarschuwen ook de overige verplichtingen om de nevenschade zoveel mogelijk te beperken onverminderd van toepassing.

De door de IDF gebruikte methodes hadden tijdens de oorlog in Gaza wellicht ook als doel om juist de tegenstander te waarschuwen, in dit geval Hamas, om zich te houden aan hun verplichtingen op basis van artikel 58 API.⁵⁶ In het geval Hamas inderdaad de operaties niet vanuit de nabijheid van burgerobjecten⁵⁷ zou uitvoeren, zou dat voor de IDF twee voordelen

⁵² Artikel 51, tweede lid API, stelt dat “daden van geweld of bedreiging met geweld, waarvan het belangrijkste oogmerk is de burgerbevolking angst aan te jagen, zijn verboden.”

⁵³ Voor de kwalificatie van een aanval als een terreuraanval is volgens het ICTY vereist dat er opzettelijk schade aan burgers is berokkend, waarbij het vrees aanjagen een bewust bijkomend element is. Zie ICRC Commentaar op de Additionele Protocollen van 1977, *supra* noot 28, paragraaf 1938-1941 en de *Prosecutor v. Galić* uitspraak (Trial Judgement) van het ICTY, paragraaf 133. Zie ook R. Bartels en N. Wagner, “Prosecutor v. Galić - Commentary”, in A. Klip and G. Sluiter (red.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals - Volume 14*, Intersentia, 2008, p. 687-691.

⁵⁴ Zie ICRC Commentaar op de Additionele Protocollen van 1977, *supra* noot 28, paragraaf 1940.

⁵⁵ Toch zijn de IDF van plan om in de toekomst nog meer specifieke waarschuwingen te geven. Zie <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3753851,00.html> (geraadpleegd op 26 januari 2011). Zie ook Cordesman, *The Gaza War: a strategic analysis*, Center for Strategic and International Studies, 2009, beschikbaar online via http://csis.org/files/media/csis/pubs/090202_gaza_war.pdf (geraadpleegd op 26 januari 2011): “The IAF did make a systematic effort to limit collateral damage. It developed detailed targeting plans to identify sensitive areas and targets. It prepared for fighting in an urban environment by developing highly detailed maps that tracked Hamas movements, facilities, shelters and tunnels against civilian facilities, and the location of sensitive facilities like schools, hospitals, and religious sites. It planned and executed strikes using the smallest possible weapon, and coordinated both air strikes and the use of artillery weapons using GPS to try to deconflict military targeting from damage to civilian facilities. It used large numbers of 500-pound, 250-pound and other small precision guided bombs, and limited the size of the bombs it directed against tunnels and shelters as much as possible. It evidently was able to use 500-pound JDAMs to destroy most of the tunnels and hard points that the IAF attacked, rather than the much larger munitions that would have been used in previous conflicts. It developed small 10-20 kilogram bombs that could be used as both warning shots – sometimes referred to a knocking on the roof – and as weapons that could be used against small open targets. Once the campaign began, Israel also distributed hundreds of thousands of leaflets and used its intelligence on cell phone networks in Gaza to issue warnings to civilians, including phone calls to some families in high-risk areas and families of Hamas personnel.”

⁵⁶ Voor een korte beschrijving van de inhoud van artikel 58 API, zie hierboven, paragraaf 2 van deze bijdrage.

⁵⁷ Voor zover mogelijk in de Gaza strook, wat immers een van de meest dichtbevolkte gebieden ter wereld is.

hebben. Ten eerste zou het voor hen veel gemakkelijker worden om burgerslachtoffers onder de bevolking van Gaza te voorkomen. Maar daarnaast zouden de strijders van Hamas ook veel gemakkelijker te bestrijden zijn door de IDF, vanwege de beperkte dekkingmogelijkheden in het terrein van de Gazastrook buiten het verstedelijkte deel en de technologische superioriteit van de IDF.

Is de *knock on the roof* een aanval?⁵⁸

Het Goldstone Rapport stelt over het afvuren van de *knock on the roof*: “[t]he idea that an attack, however limited in itself, can be understood as an effective warning in the meaning of article 57 (2) (c) is rejected by the Mission.”⁵⁹ Deze conclusie is radicaal anders dan de stelling van kolonel Libman dat de *knock on the roof* een zeer effectieve waarschuwingmethode is. Het is derhalve noodzakelijk om te bepalen hoe het afvuren van een klein kaliber ‘kogel’ moet worden gekwalificeerd.⁶⁰ Dit is immers van belang bij het beoordelen of er bij de *knock on the roof* methode mogelijk sprake is van een aanval op burgers. Daarom moet eerstens de vraag worden beantwoord of de *knock* inderdaad voldoet aan de definitie van een aanval in de zin van het humanitair oorlogsrecht, of dat het kan worden aangemerkt als een legitieme waarschuwingmethode.

Het begrip aanval is binnen het humanitair oorlogsrecht gedefinieerd in artikel 49 API. Aanvallen zijn “daden van geweld gericht tegen de tegenstander, hetzij offensieve, hetzij defensieve.”⁶¹ Het begrip aanval moet blijkens het ICRC commentaar op API ruim worden geïnterpreteerd.⁶² Dat betekent dat er sprake moet zijn van het toebrengen van schade aan objecten, of het verwonden of doden van personen.⁶³ Volgens Kalshoven moet het gaan om het gebruik van gewelddadige middelen, in andere woorden: om wapengebruik.⁶⁴ Rogers voegt hier aan toe dat de drempel al wordt overschreden met het gebruik van het persoonlijk wapen door een individuele soldaat.⁶⁵

Dit betekent dat niet iedere militaire operatie tijdens een gewapend conflict als een aanval moet worden aangemerkt. Zo zijn militaire logistieke operaties in oorlogstijd niet aan te merken als een aanval, net zo min als detentie operaties dat zijn, omdat dit soort operaties in beginsel niet voldoet aan het eerste deel van de definitie, namelijk dat het moet gaan om ‘daden van geweld’.⁶⁶

⁵⁸ Ik ga er hierbij van uit dat in de gevallen dat de *knock on the roof* methode is gebruikt steeds sprake was van een min of meer vergelijkbare situatie als hierboven beschreven.

⁵⁹ Zie Goldstone Rapport, *supra* noot 16, paragraaf 535, p. 132.

⁶⁰ Volgens het rapport van het Israëliëse Ministerie van Buitenlandse Zaken is er gebruik gemaakt van “shots from light weapons”, *supra* noot 15, paragraaf 264 op p. 99. Cordesman spreekt over “small 10-20 kilogram bombs”, *supra* noot 51, p. 17. In de Israëliëse media werd melding gemaakt van het gebruik van “sound bombs” en een “relatively harmless missile”, zie *supra* noot 17.

⁶¹ Het is van belang te onderkennen dat het hier niet gaat om de begrippen ‘aanval’ en ‘geweld’ in de zin van het *ius ad bellum*, om te bepalen of de rechtsbasis van een aanval legitiem is. Zie hierover bijvoorbeeld ICRC Commentaar op de Additionele Protocollen van 1977, *supra* noot 28, paragraaf 1882.

⁶² ICRC Commentaar op de Additionele Protocollen van 1977, *supra* noot 28, paragraaf 1880.

⁶³ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge University Press, 2010, p. 1.

⁶⁴ F. Kalshoven en L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, ICRC, 3e editie, 2001, p. 97.

⁶⁵ Rogers, *supra* noot 24, p. 28.

⁶⁶ *Idem*.

Het tweede aspect van de definitie is dat het bij een aanval in oorlogsrechtelijke zin nadrukkelijk niet alleen gaat om offensieve acties. Ook defensieve acties kunnen vallen onder de definitie. Daarbij valt met name te denken aan tegenaanvallen wanneer de tegenstander (eerst) de aanval heeft ingezet. Reeds vanuit het oogpunt van logica is het terecht dat ook degene die zich verdedigt tegen een aanval zich net als de aanvalleur moet houden aan de oorlogsrechtelijke eisen voor het voeren van vijandelijkheden. Dat geldt ook ten aanzien van de voorzorgsmaatregelen, zoals waarschuwingen.

Volgens het middelste deel van de definitie van een aanval gaat het om daden ‘gericht op de tegenstander’. Er moet dus worden gekeken naar de intentie van het wapengebruik. De ratio hiervan is dat het verboden is om burgers aan te vallen, in ieder geval zolang die niet rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden.⁶⁷ Het gevolg is dat ieder gebruik van wapens dat gericht is op iets anders dan de tegenstander, in beginsel niet valt onder de definitie van een aanval in de zin van artikel 49 API. Een uitzondering hierop is een aanval die geen onderscheid maakt tussen militaire doelen en burgers en burgerobjecten.⁶⁸ Militaire oefeningen die tijdens een gewapend conflict worden gehouden zijn een voorbeeld van wapengebruik dat niet op de tegenstander is gericht. Er kan tijdens een oefening met scherpe munitie worden geschoten, bijvoorbeeld op de schietbaan, zonder dat dit wapengebruik valt onder de definitie van een aanval onder het humanitair oorlogsrecht, omdat het niet op de tegenstander is gericht.

Bij het consequent doortrekken van deze redenering zou de inzet van een klein kaliber wapen als waarschuwingsmethode slechts voldoen aan een deel van de definitie van een aanval. Het betreft weliswaar het gebruik van gewelddadige middelen, dat wordt ingezet in offensieve of defensieve zin, maar het afvuren van de *knock* zelf is niet gericht op de tegenstander. Ook bestaat er geen intentie om burgers te raken: het doel is juist hen te bewegen een veilig heenkomen te zoeken. Geconcludeerd kan dan worden, in tegenstelling tot de conclusie van het Goldstone rapport, dat de *knock* niet voldoet aan de definitie van een aanval. Het gevolg daarvan is dat de *knock* – strikt gezien – ook niet valt onder het verbod van een aanval op burgers.⁶⁹

De *knock on the roof* als waarschuwingsshot

De vraag is dan hoe de *knock* wel moet worden gekwalificeerd, en of er wellicht een andere grond bestaat op basis waarvan moet worden geoordeeld dat de *knock on the roof* methode in strijd is met het humanitair oorlogsrecht. Uit de beschrijving van de *knock on the roof* methode hierboven blijkt dat werd gericht op een hoek van het gebouw waar zich geen burgers bevonden.⁷⁰ Het gebouw zelf moet hierbij natuurlijk wel een militair doel zijn. Maar de intentie van de *knock* zelf is duidelijk niet om de tegenstander te raken, en ook niet om de burgers te raken. Het doel van de *knock* is juist om dat laatste voorkomen, door hen middels de *knock* te

⁶⁷ Artikel 51, tweede en derde lid, API.

⁶⁸ Artikel 51, vierde lid API.

⁶⁹ Indien de *knock* wel als een aanval zou worden gezien, bijvoorbeeld als onderdeel van de gehele aanval, dan zou ook betoogd kunnen worden dat de aanval is gericht op het militaire doel (het object). In dat geval kan het gebruik van klein kaliber wapens worden gezien als voorzorgsmaatregel in de zin van artikel 57, tweede lid, sub a onder ii API: de keuze van de methoden en middelen om de nevenschade te minimaliseren. Indien de *knock* zou worden gezien als een directe aanval op burgers, bestaat er geen juridische rechtvaardiging.

⁷⁰ Zie *supra* noot 17.

waarschuwen voor de aanstaande aanval. De *knock* is dus een waarschuwingsschot.⁷¹

Waarschuwingen, zoals hierboven reeds is vastgesteld, hebben als doel de burgerbevolking te bereiken. Er bestaat geen expliciet verbod op het gebruik van een wapen dat niet is gericht op de tegenstander, maar dat specifiek de bedoeling heeft om de burgerbevolking te waarschuwen om dekking te zoeken of om een bepaalde plaats te verlaten. Met andere woorden: er is geen verbod op het lossen van een waarschuwingsschot. Het is dus mogelijk om tijdens een gewapend conflict militaire wapens te gebruiken waarbij een burger mogelijk in gevaar kan komen, maar die zelf noch op de tegenstander, noch op de burgerbevolking is gericht. Dat omvat derhalve het gebruik van wapens dat niet voldoet aan de definitie van een aanval in de zin van artikel 49 API, en dat er ook niet op is gericht om de burgerbevolking te raken. De aanval die op het waarschuwingsschot volgt is uiteraard wel een aanval in de zin van artikel 49 API en moet gericht worden op een militair doel. De *knock* zelf is echter een ander type militaire operatie.

Bij het gericht aanvallen van combattanten bestaat binnen het humanitair oorlogsrecht geen verplichting voorafgaand aan die aanval eerst een waarschuwingsschot te lossen. De verplichting om te waarschuwen kan, zoals hierboven uiteengezet, alleen ten aanzien van burgers bestaan. Aan de andere kant bestaat er ook geen verbod op het afgeven van waarschuwingsschoten ten aanzien van combattanten. Het kan bijvoorbeeld een manier zijn om combattanten te bewegen om zich over te geven.

Ook ten aanzien van waarschuwingsschoten die er op zijn gericht om burgers te waarschuwen, bestaat er geen expliciet verbod. Het commentaar op de *HPCR Manual on Air and Missile Warfare* noemt een voorbeeld van een effectieve wijze om waarschuwingsschoten af te vuren, namelijk het gebruik van lichtspoorammunitie: “*In some situations the only feasible method of warning may be to fire warning shots using tracer ammunition, thus inducing people to take cover before the attack.*”⁷² Echter, ook bij dergelijke operaties moeten in zijn algemeenheid voorzorgsmaatregelen worden genomen om burgers zo veel als mogelijk te sparen. Dit volgt uit artikel 57, eerste lid API. Verder worden de grenzen van het gebruik van waarschuwingsschoten bedoeld voor burgers bepaald door het verbod om de burgerbevolking vrees aan te jagen.⁷³ Ten slotte volgt ook uit de toepassing van de Martens clause dat de beginselen van het humanitair oorlogsrecht het gebruik van dergelijke waarschuwingsschoten nader kunnen inperken.⁷⁴

Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat de IDF zich zeker in de voorbereiding op de oorlog in Gaza hebben gerealiseerd dat er tijdens gewapend conflict een plicht op Israel rust om de

⁷¹ Dit was ook de conclusie van kolonel Libman hierboven.

⁷² Zie het commentaar op de *Air and Missile Warfare Manual*, *supra* noot 10, p. 133.

⁷³ Artikel 51, tweede lid, API. Zie ook Bartels en Wagner, *supra* noot 54.

⁷⁴ Artikel 1, tweede lid, API. De Martens clause houdt – kort gezegd – in dat indien er geen specifiek verbod bestaat voor een bepaalde handeling in het humanitair oorlogsrecht, dat niet betekent dat die handeling dan is toegestaan, omdat alle handelingen in tijd van oorlog worden ingeperkt door de beginselen van het humanitair oorlogsrecht. Zie bijvoorbeeld F. Kalshoven, “The Respective Roles of Custom and Principle in the International Law of Armed Conflict”, Friedrich Martens Lecture, (2006) vol. 2, *Acta Societatis Martensis*, p. 48-68.

BESCHOUWING

burgerbevolking te waarschuwen. Daartoe hebben de IDF bij de planning van operatie *Cast Lead* uitgebreide voorbereidingen getroffen. De IDF beschikten over de telefoonnummers en vooraf ingesproken waarschuwingsboodschappen, er waren algemene en meer specifieke pamfletten geprint om uit te strooien en op die wijze de burgerbevolking te waarschuwen.

De methode van de specifieke waarschuwing middels de *knock on the roof* procedure is de meest specifieke methode die is gebruikt. Zeker in combinatie met een telefoongesprek laat het aan duidelijkheid niets te wensen over; namelijk dat de burgerbevolking zich uit de voeten dient te maken vanwege de ophanden zijnde aanval op een militair doel.

Het afschieten van de *knock* valt – mijns inziens – niet onder de definitie van een aanval in de zin van artikel 49 API. Zolang de intentie van het afschieten van de *knock* is om burgerslachtoffers te voorkomen en niet wordt ingezet om burgers als zodanig aan te vallen, heeft de *knock on the roof* het karakter van een waarschuwingsschot. Dat is een legitieme waarschuwingmethode in de zin van artikel 57 API. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de *knock on the roof* methode is geoorloofd.

Het lijkt er op dat Israël hiermee een effectieve invulling heeft gegeven aan de verplichting onder het humanitair oorlogsrecht om de burgerbevolking te ontzien bij gebruik van menselijke schilden door de tegenstander. Kolonel Libman merkte echter tijdens zijn lezing op dat er in zijn ogen geen juridische verplichting bestaat om de *knock on the roof* methode toe te passen. De angst bestaat zelfs dat het gebruik van deze methode zal worden opgenomen als statenpraktijk door de samenstellers van de Gewoonterechtstudie van het Internationale Rode Kruis Comité⁷⁵ waarmee de suggestie zou kunnen worden gewekt dat Israël verplicht is deze procedure altijd te volgen. Kolonel Libman stelt dat de IDF deze tactiek hebben gebruikt omdat zij denken dat het een '*morally good thing to do*' is, niet omdat Israël de juridische verplichting heeft om deze procedure bij iedere aanval toe te passen. De verplichting die Israël heeft bij het uitvoeren van aanvallen volgt immers uit de toepassing van het volledige samenstel van de regels van het humanitair oorlogsrecht. Het kan de moeite waard zijn om te bezien of deze methode ook een toegevoegde waarde kan hebben voor toekomstige operaties van de Nederlandse krijgsmacht.

⁷⁵ Zie Henckaert en Doswald/Beck, *supra* noot 10, en de online database van het ICRC: <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/index.jsp> (geraadpleegd op 26 januari 2011).

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 8 juli 2008

LJN BC7418

Voorzitter: mr. F.H. Koster, raadsheren: mrs. A.J.A. van Dorst, W.A.M. van Schendel, W.M.E. Thomasen en H.A.G. Splinter-van Kan.

Afghaanse folteraar

Voormalig directeur van de Afghaanse staatsveiligheidsdienst en onderminister van staatsveiligheid wordt in Nederland vervolgd ter zake van foltering en het opzettelijk toelaten dat een ondergeschikte oorlogsmisdaden begaat. 1. De Nederlandse rechter is niet bevoegd de rechtsmachtregeling van art. 3 (oud) WOS – dat bij gebreke aan een volkenrechtelijk mandaat niet voorziet in rechtsmacht ten aanzien van feiten begaan in een intern gewapend conflict – te toetsen aan ongeschreven volkenrecht; art. 8 Sr doet daaraan niet af. 2. Verdachte komt geen immuniteit toe uit hoofde van zijn voormalige hoedanigheden van directeur van de Afghaanse staatsveiligheidsdienst en onderminister van staatsveiligheid. 3. Onverjaarbaarheid in gevolge art. 10 lid 2 WOS is niet beperkt tot ‘grave breaches’ begaan in een internationaal gewapend conflict. 4. Het Vierde Geneefse verdrag, betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd beschermt niet slechts personen die in de tegenpartij geïncorporeerd zijn. 5. De strekking van art. 8 WOS brengt mee dat dit mede strekt tot strafbaarstelling van handelen in strijd met art. 3 van het Verdrag, waaronder lichamelijke geweldpleging, wrede behandeling en marteling, begaan tegen de daar genoemde personen in een intern gewapend conflict. Nu deze strafbaarstelling van kracht werd toen het Verdrag in werking trad, kan in het middel blijven of het oorlogsrecht in de jaren ‘80 voorzag in strafbaarheid van marteling.

(Vierde Geneefse verdrag, betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd art. 3, 146, 147; Gw art. 94; Sr art. 8; WOS artt. 3 [oud], 9, 10)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te ‘s-Gravenhage van 29 januari 2007, nummer 22/006131-05, in de strafzaak tegen: [Verdachte I], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1948, ten tijde van de betekening van de aanzegging gedetineerd in de Penitentiaire Inrichting Midden Holland, locatie De Geniepoort te Alphen aan den Rijn.

I. De bestreden uitspraak

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

2. Geding in cassatie

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

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

3. Tenlastelegging en bewezenverklaring

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

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

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

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

– de van zijn vrijheid beroofde [slachtoffer 2], die als militair in gevangenschap verbleef in de gevangenis van Sedarat, te Kabul, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld door in de periode van 1 november 1989 tot en met 31 december 1990 te Afghanistan voornoemde [slachtoffer 2]

in het gezicht te stompen en door eenmaal voornoemde [slachtoffer 2] gedurende enige uren blootsvoets in de sneeuw te laten staan en door meermalen (telkens) voornoemde [slachtoffer 2] dagen achtereen wakker te houden en door meermalen electriciteitsdraden te bevestigen aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2] en (vervolgens) voornoemde electriciteitsdraden stroom toe te dienen aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2], terwijl voornoemde [slachtoffer 2] daarvan (hevige) pijn heeft ondervonden.”

3. “Leden van de militaire inlichtingendienst, de Khad-e-Nezami in Afghanistan, (allen) werkzaam voor en ondergeschikt aan de hierna te noemen verdachte [verdachte 1], op tijdstippen in de periode van 1 oktober 1985 tot en met 31 december 1988 te Kabul, in Afghanistan, tezamen en in vereniging (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog hebben geschonden, terwijl dat feit zwaar lichamelijk letsel van een ander ten gevolge heeft gehad of terwijl die feiten (telkens) geweldpleging met verenigde krachten tegen een persoon inhielden, hierin bestaande dat voornoemde leden van de militaire inlichtingendienst toen en aldaar in strijd met het bepaalde in het gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, als leden van de (militaire) inlichtingendienst (Khad-e-Nezami) van Afghanistan, behorende tot één van de strijdende partijen in een (niet-internationaal) gewapend conflict op het grondgebied van Afghanistan, (meermalen) lichamelijke geweldpleging, en wrede (onmenselijke) behandeling en marteling hebben gepleegd ten aanzien van een persoon die (toen en aldaar) niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnam (te weten een burger), te weten [slachtoffer 3], welke lichamelijke geweldpleging, en wrede (onmenselijke) behandeling en marteling onder meer hierin bestonden dat genoemde leden, tezamen en in vereniging op tijdstippen in of omstreeks de periode van 1 december 1985 tot en met 1 februari 1986 in (of nabij) het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul,

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

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

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

4. Juridisch kader

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

Art. 8:

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

Art. 91:

“De bepalingen van [...] dit Boek zijn ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.”

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

Art. 1 (oud):

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

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

2°. het Wetboek van Militair Strafrecht;

3°. de artikelen 4-9 van deze wet;

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

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

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

3. Onder oorlog wordt begrepen burgeroorlog.”

Art. 3:

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

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

[...]”

Art. 8:

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

[...]

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

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

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

[...].”

Art. 9:

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

Art. 10, tweede lid:

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

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

Art. 3, eerste lid:

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

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

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

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

[...].”

Art. 4:

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

2. Onderdanen van een Staat die niet gebonden is door het Verdrag, worden hierdoor niet beschermd. Onderdanen van een onzijdige Staat, die zich bevinden op het grondgebied van

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

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

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

Art. 146:

“1. De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich alle benodigde wettelijke regelingen tot stand te brengen, nodig om doeltreffende strafbepalingen vast te stellen voor personen die één der ernstige inbreuken op dit Verdrag, omschreven in het 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.

[...]”

Art. 147:

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

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

Art. 1:

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

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

Art. 4:

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

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

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

[...]”

5. Beslissing op gevoerde verweren

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

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

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

b. de WOS heeft (althans had in de jaren tachtig) géén betrekking op schending van de normen die in het gemeenschappelijke artikel 3 zijn neergelegd. Daarom strekt de opheffing van de verjaring die bij wet van 8 april 1971 (*Stb.* 210) in artikel 10 van de WOS werd neergelegd zich (uitgaande van een niet-internationaal gewapend conflict) niet uit tot het verwijt dat de verdachte (in feit 3) ten aanzien van het gestelde slachtoffer [slachtoffer 3] wordt gemaakt. De internationale rechtsovertuiging die tot deze 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. dit gestelde slachtoffer kan bovendien niet worden aangemerkt als ‘beschermd persoon’ in de zin van de Geneefse verdragen. Zulks dient ertoe te leiden dat de verdachte voor dit feit van alle rechtsvervolging wordt ontslagen;

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

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

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

5.2.1 De verdachte worden gedragingen verweten die hij in de jaren tachtig en 1990 in Kabul in Afghanistan zou hebben verricht als hoge Afghaanse militair die met de leiding van de militaire inlichtingendienst was belast. Zijn handelen heeft – kort aangeduid – betrekking op deelneming

aan, dan wel (toelaten van) martelen (dan wel folteren)¹ 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 niet 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)² als ‘ernstige inbreuken’, ‘grave breaches’ aangemerkt. De verdragen formuleren in het gemeenschappelijke artikel 3 echter ook (minimum)normen ten aanzien van de (menswaardige) bejegening van “personen, die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen” in geval van een niet-internationaal gewapend conflict. Het hof stelt vast dat deze normen door het Internationaal Gerechtshof (ICJ) in zijn beslissing van 27 juni 1986 inzake Nicaragua vs USA (§ 218, 219; met verwijzing naar een eerdere beslissing uit 1949) worden omschreven als “minimum yardstick; they [...] reflect elementary considerations of humanity”. En: “the minimum rules applicable to international and non-international conflicts are identical. [...] The relevant principles are to be looked for in the provisions of Article 3 of each of the four Conventions.” In de onderhavige zaak gaat het om (deelneming aan, dan wel toelaten van) martelen, dat zowel in artikel 3, aanhef en sub 1 onder a, als in artikel 147 (Vierde verdrag) met zoveel woorden wordt genoemd.

Een en ander leidt ertoe dat de verweten gedragingen aldus als grove schending van de materiële normen van het internationale humanitaire recht in internationaal en 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 wèl 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

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

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

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 tweemaal tegenover. Enerzijds kan worden vastgesteld dat de Nederlandse wetgever in 1987 in de parlementaire geschiedenis van de Uitvoeringswet folteringverdrag (UFV) de toepasselijkheid van het (overigens door de Hoge Raad enigszins restrictiever uitgelegde) universaliteitsbeginsel mede baseerde op “de ondraaglijkheid van de gedachte dat folteraars, [...], zich vrijelijk naar andere landen kunnen begeven en daar zelfs ongestraft oog in oog kunnen komen te staan met hun naar het buitenland gevluchte slachtoffers”.³ Die situatie doet zich in de onderhavige zaak voor en zou niet zonder meer kunnen worden ‘opgelost’ door de verdachte naar zijn land van herkomst (en plaats delict) over te dragen aangezien dat mogelijkerwijs op gespannen voet zou kunnen komen te staan met in het EVRM gewaarborgde absolute rechten. Anderzijds omdat de wetgever – in ieder geval naar de letter – in artikel 3, aanhef en onder 1^o 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:

³ TK 1986-1987, 20 042, nr. 3, p. 6.

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

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

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

5.4.1 Hetgeen hiervoor ten aanzien van artikel 3 WOS naar voren werd gebracht betreft de vraag of deze wetsbepaling in overeenstemming is met het volkenrecht. Aan de beantwoording van die vraag dient echter de vraag vooraf te gaan of de Nederlandse rechter, gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen wetgevende macht en overige staatsorganen, zoals neergelegd in artikel 94 van de Grondwet (Gw), wel bevoegd is zich over die vraag uit te spreken. Artikel 94 Gw luidt:

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

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

5.4.2 Naar breed lijkt te zijn aanvaard, staat artikel 94 Gw de rechter niet toe wetten te toetsen aan ongeschreven volkenrecht. Deze door de Hoge Raad in zijn Nyugat II-arrest van 6 maart 1959. NJ 1962, 2 neergelegde rechtsopvatting heeft (mede) ten grondslag gelegen aan de Grondwetsherziening van 1983 en komt ook (a contrario) in de tekst van dit grondwetsartikel tot uitdrukking. In de visie van het hof kan aan de bepalingen van de Geneefse verdragen géén, althans geen voldoende expliciet argument worden ontleend dat duidelijk maakt dat artikel 3 WOS in strijd met daar geschreven volkenrecht is. De verdediging heeft weliswaar gewezen op een algemene volkenrechtelijke regel dat universele rechtsmacht slechts mag worden uitgeoefend voor zover het volkenrecht daartoe machtigt en betoogd dat een dergelijke machtiging ten aanzien van schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 (bij niet-internationaal gewa-

pende conflicten) niet in de Geneefse verdragen kan worden gevonden; de raadvrouw heeft desgevraagd echter beaamd dat een dergelijke volkenrechtelijke regel niet in enige geschreven verdragsbepaling te vinden is.

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

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

5.4.3 Het hof wijst er tegen de achtergrond van het hiervoor geconstateerde verbod op toetsing ten overvloede op dat blijkens de Memorie van toelichting (zie noot 3, p. 4) van de UFV de wetgever in 1987 kennelijk al van oordeel was dat “foltering in geval van intern of internationaal gewapend conflict begaan een schending van de wetten van de oorlog op(lever), [...] 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) A-G 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 casu 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.⁴

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

5.4.6 Een zelfde lot dient het onder d) bedoelde verweer te treffen. Indien er geen gronden zijn om het werkingsbereik van de Wet oorlogsstrafrecht te beperken, geldt dat niet alleen voor de rechtsmacht, maar ook voor de individuele strafbaarstelling in artikel 8 WOS van oorlogsmisdrijven, ook in geval van niet-internationaal gewapend conflict. Gelet op het feit dat de verweten gedragingen als grove schending van de materiële normen van het internationale humanitaire recht moeten worden aangemerkt (zie hierboven § 5.2.2) en strafrechtsmacht zinloos zou zijn indien zij niet door individuele strafbaarstelling tot gelding zou kunnen komen, ziet het hof geen enkele grond om de in artikel 8 WOS neergelegde delictomschrijving en

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

sanctienorm niet ook op de verdachte – voor door hem in een niet-internationaal gewapend conflict in Afghanistan begane misdrijven – van toepassing te achten. Het hof sluit zich aan bij de procureur-generaal bij de Hoge Raad en de advocaat-generaal Keijzer in de vordering tot casuatie in het belang der wet die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2001 (ABI471, inzake Bouterse). Deze concludeert (§ 26) onder meer:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Beoordeling van het eerste middel

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

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

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

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

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

6.6. Anders dan ter terechtzitting in hoger beroep en in het middel is aangevoerd, biedt art. 8 Sr geen grondslag voor het op de genoemde volkenrechtelijke gronden buiten toepassing laten van de rechtsmachtregeling van art. 3 (oud) WOS. Art. 8 Sr houdt weliswaar in dat de toepassing van de Nederlandse rechtsmachtbepalingen wordt beperkt door de uitzonderingen

in het volkenrecht erkend, doch bevat – naar mede volgt uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, 1891, blz. 147) – niet meer dan een wettelijke erkenning van aan het volkenrecht ontleende immuniteit van jurisdictie.

6.7. Het middel is tevergeefs voorgesteld.

7. Beoordeling van het vijfde middel

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

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

8. Beoordeling van het tweede middel

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

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

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

9. Beoordeling van het vierde middel

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

9.2. Hof heeft geoordeeld dat uit de bewijsmiddelen I 1-16 genoegzaam blijkt dat [slachtoffer 3] moet worden aangemerkt als een beschermd persoon in de zin van het Verdrag. Gelet op

de inhoud van die, aan dit arrest gehechte, bewijsmiddelen, geeft 's Hofs oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd. Anders dan in het middel wordt aangevoerd, is van een beschermd persoon in de zin van het Verdrag niet eerst sprake "als de persoon daadwerkelijk is geïncorporeerd in de tegenpartij".

9.3. Het middel faalt.

10. Beoordeling van het derde middel

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

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

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

11. Beoordeling van het zesde en het zevende middel

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

12. Slotsom

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

Conclusie van advocaat-generaal Bleichrodt

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

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

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

[Zie het arrest onder 3 – Red.]

4. De tenlastelegging van feit 2 is toegesneden op art. 1 (oud) van de Uitvoeringswet folteringsverdrag (Stb 1988, 478). Bij feit 3 gaat het om overtreding van art. 8 (oud) in verbinding met art. 9 (oud) van de Wet oorlogsstrafrecht (WOS).⁵

5. Het Hof heeft onder het hoofd 5. “Bespreking van de internationaal (straf)rechtelijke verweeren” overwogen:

[Zie het arrest onder 5 – Red.]

6.1 Het eerste middel klaagt over de verwerping van het verweer, kort gezegd daarop neerkomende dat Nederland geen rechtsmacht kan uitoefenen ter zake van misdrijven begaan tijdens een niet-internationaal gewapend conflict, waarop het gemeenschappelijk art. 3 van de Geneefse verdragen⁶ van toepassing is, omdat daarvoor de vereiste volkenrechtelijke machtiging in elk geval ten tijde van de verweten gedragingen ontbrak.

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

Art. 3 (oud) WOS dat inhoudt:

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

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

[...]”

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

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

[...]”

3. Levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, of geldboete van de

⁵Wet van 10 juli 1952, Stb. 408.

⁶Ook wel aangeduid als de Rode Kruis-verdragen. Verder zal worden gesproken van de Geneefse verdragen en van het gemeenschappelijk art. 3.

vijfde categorie wordt opgelegd:

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

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

Art. 9 (oud) WOS, dat inhoudt:

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

6.3 De vier Geneefse verdragen van 12 augustus 1949⁷ zien op de situatie van een internationaal gewapend conflict en betreffen verschillende categorieën van beschermde personen. Het aan die verdragen gemeenschappelijke art. 3 heeft echter (telkens) betrekking op een niet-internationaal gewapend conflict. Het is niet dan na moeizame diplomatieke onderhandelingen tot stand gekomen, omdat het regels geeft ten aanzien van een intern conflict en daarom de soevereiniteit van de staat binnen wiens territorium een zodanig conflict zich zou afspelen, daarbij direct betrokken is.⁸ Bedoeld artikel luidt in de Nederlandse vertaling, voor zover van belang:

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

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

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

a. aanslag op het leven en lichamelijke geweldpleging, in het bijzonder het doden op welke wijze ook, verminking wrede behandeling en marteling [...]”⁹

6.4 Het Hof heeft in cassatie onbetwist vastgesteld dat ten tijde van de tenlastegelegde gedragingen in Afghanistan sprake was van een niet-internationaal gewapend conflict. Het door het Hof geciteerde art. 146 van het Vierde Verdrag betreffende de bescherming van burgers,

⁷ *Trb.* 1951, nrs. 72-75.

⁸ Zie bijvoorbeeld *Commentary IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, onder redactie van Jean S. Pictet (International Committee of The Red Cross), 1958, blz. 26 e.v.

⁹ Zie ook Additional protocol II betrekking hebbende op niet-internationale gewapende conflicten (*Trb.* 1978, 42). Het vult gemeenschappelijk art. 3 aan zonder de voorwaarden voor toepassing ervan te veranderen. Het houdt in art. 4 ook de verboden handelingen in die in deze zaak aan de orde zijn.

houdt de verplichting voor de Staten in om universele rechtsmacht¹⁰ 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 het gaat daarbij dus uitsluitend om schendingen van het Verdrag in een gewapend conflict met een internationaal karakter.

De tekst van het Verdrag sluit op zichzelf echter niet uit, zoals het Hof terecht heeft geoordeeld, dat een partij daarbij universele rechtsmacht vestigt ook ten aanzien van schendingen die niet onder art. 146 in verbinding met art. 147 zijn begrepen, doch die inbreuken op genoemd gemeenschappelijk art. 3 inhouden.¹¹

6.5 Art. 3 WOS is een toepassing van het universaliteitsbeginsel, terwijl het daarin genoemde art. 8 WOS, naar ook uit de wetsgeschiedenis volgt, van toepassing is op schendingen van de bepalingen van de Geneefse verdragen (ook voor zover deze niet als “grave breaches” zouden kunnen worden aangemerkt). Onder meer op die wetbepalingen had betrekking de beschikking van de Hoge Raad van 11 november 1997, *NJ* 1998, 463 m.nt. ‘t H. (*Knesevic II*), waarin het ging om in het voormalige Joegoslavië gepleegde feiten.

In cassatie was in die zaak uitgangspunt dat de desbetreffende gedragingen, indien bewezen, handelen in strijd met het gemeenschappelijk art. 3 opleverden. Handelen in strijd met dat gemeenschappelijk art. 3 valt naar de Hoge Raad oordeelde, onder art. 8 WOS. Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat op misdrijven als omschreven in art. 8 de desbetreffende bepalingen van de wet (de WOS) steeds van toepassing zijn, waaronder art. 3 aanhef en onder 1° en de artikelen 10, 10a en 11 WOS.¹²

6.6 Voormelde beschikking is in de pleitnota wel kort ter sprake gekomen maar op wat toen mijns inziens in de kern is beslist, gaat deze mijns inziens onvoldoende in.¹³ Thans wordt in cassatie in de eerste plaats aangevoerd dat die beschikking dateert uit 1997, lang na de periode waarin de onderhavige feiten zouden zijn begaan. Dat doet mijns inziens echter niet ter zake. De WOS dateert uit 1952 en in de beschikking van de Hoge Raad uit 1997 worden bepalingen van die, nadien slechts op ondergeschikte punten gewijzigde, wet uitgelegd, zonder dat in die beschikking aanknopingspunten zijn te vinden voor de veronderstelling dat naar het oordeel van de Hoge Raad art. 3 WOS in 1997 wel, doch in enigerlei periode daarvoor – waaronder

¹⁰ Zogenaamde secundaire universele rechtsmacht, dat wil zeggen voor zover de betrokkene wordt aangetroffen op het grondgebied van de universele rechtsmacht uitoefenende staat.

¹¹ 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 blijkaar van uitgaat dat in het nationale recht geen bepaling als art. 3 WOS bestaat.

¹² 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.

¹³ Zie bijvoorbeeld R. van Elst, ‘De zaak Darco Knesevic: rechtsmacht over Joegoslavische en andere buitenlandse oorlogsmisdadigers’, *NJB* 1998, blz. 1587 e.v.; J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orie, *Internationaal strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, 3e dr. blz. 390; Van den Bosch, c.s. *Militair straf- en tuchtrecht*, aantek. 4 op art. 3 WOS (supplement 43, Van Sliedregt); idem N. Keijzer, aantek. 3 bij art. 8 WOS (supplement 15), en de – instemmende – noot van H. van der Wilt onder de beschikking in *MRT* 1998, blz. 216-221.

zoals bepleit, op feiten begaan in het in de tenlastelegging genoemde tijdvak – niet zou mogen worden toegepast. Het standpunt van de verdediging komt erop neer dat art. 3 WOS met betrekking tot feiten, begaan in een periode van ongeveer 30 jaar na de inwerkingtreding daarvan buiten toepassing zou moeten worden gelaten. Als een zodanige bijzondere situatie naar het oordeel van de Hoge Raad aan de orde zou zijn geweest, zou er alle reden zijn geweest om een en ander in die beschikking te vermelden, te meer omdat juist in zaken als de onderhavige een lange tijd kan verlopen tussen het begaan van de feiten en de feitelijke mogelijkheid van een vervolging. Het zou dan van het grootste belang zijn duidelijk aan te geven vanaf welk tijdstip die bepaling wel kon worden toegepast.¹⁴

Verder lees ik meergenoemde beschikking (rubriek 6) – anders dan de stellers van het middel – aldus dat de Hoge Raad heeft overwogen dat in feitelijke aanleg niet was betwist dat de concrete gedragingen handelen in strijd met het gemeenschappelijk art. 3 opleverden zodat daarvan in cassatie moet worden uitgegaan, maar niet dat een en ander ook gold voor het antwoord van het Hof op de rechtsvraag of schendingen van het gemeenschappelijk art. 3 begrepen zijn onder art. 8 WOS. Ik meen dat die rechtsvraag in rubriek 6 bezien in haar context door de Hoge Raad bevestigend is beantwoord.¹⁵ Ten slotte wordt met zoveel woorden gezegd dat met betrekking tot de in de vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gestelde feiten aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.

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

Het middel komt daarop neer dat in ieder geval ten tijde van de hier tenlastegelegde gedragingen geen, toen naar de opvatting van de verdediging vereist, volkenrechtelijk mandaat bestond tot het vestigen van universele rechtsmacht en dat daarom art. 3 (en art. 8) WOS bij gebreke van een zodanig mandaat in deze zaak buiten toepassing moeten blijven en de Officier van Justitie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging.

Voordat ik nader inga op wat daarover in het middel verder wordt gesteld, constateer ik dat de wetgever na 1997 geen reden heeft gezien om de uit de beschikking Knesevic II af te leiden opvatting van de Hoge Raad te corrigeren. Ook in de parlementaire geschiedenis van de Wet internationale misdrijven (verder: WIM)¹⁶ wordt meergenoemde beschikking, die overeenstemde met de visie van de wetgever uit 1952, zonder enig nader commentaar als een gegeven beschouwd.

¹⁴ Volgens het standpunt van de verdediging is daarvoor het ongeschreven volkenrecht beslissend dat, als ik het goed begrijp, eerst niet, maar vanaf een bepaald tijdstip wel in het vereiste volkenrechtelijk mandaat voor het vestigen van universele rechtsmacht voor delicten als de onderhavige zou voorzien.

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 dit ook naar de (constante) opvatting van de wetgever het geval was volgt niet alleen uit de parlementaire geschiedenis van de WOS, aangehaald in de beschikking van de HR uit 1997, maar ook uit die van de Uitvoeringswet folteringverdrag (Wet van 29 september 1988, Stb. 478. Zie *Kamerstukken II*, 1986-1987, 20042, nr. 3, blz. 3-4, 6 en 8.

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

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

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

6.10 Het Hof heeft die eerste vraag in een uitvoerig betoog ontkennend beantwoord. Zijn oordeel is juist. Beslissend is hier de uitleg van art. 94 Gw, waarvan algemeen wordt aangenomen dat het de rechter niet de bevoegdheid geeft om wettelijke bepalingen te toetsen aan ongeschreven volkenrecht.

Vóór de totstandkoming van die bepaling had de Hoge Raad in zijn arrest van 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 al in die zin beslist. In de beschikking van de Hoge Raad van 18 september 2001, *NJ* 2002, 559 (*Bouterse*) (m.n. JR/N.J. Schrijver), waarin hij tot dezelfde slotsom komt, is de parlementaire geschiedenis van het huidige art. 94 Gw aan de orde gekomen.¹⁷ Uit die geschiedenis volgt dat de grondwetgever uitdrukkelijk de optie heeft afgewezen om de toetsingsbevoegdheid van de rechter te verruimen tot het ongeschreven volkenrecht. Naast principiële bezwaren van constitutionele aard – de rechter zou bijvoorbeeld een wettelijke bepaling buiten toepassing moeten laten met het oog op een verdrag dat nog niet voor het Koninkrijk in werking is getreden, waardoor grondwettelijke bevoegdheden van regering en parlement kunnen worden gefrustreerd – is als praktisch bezwaar genoemd de omstandigheid dat over de inhoud van het ongeschreven recht vaak onzekerheid bestaat.

De wetgever gaf de voorkeur aan een op de Nederlandse constitutionele verhoudingen toegesneden regeling van de interne werking van het volkenrecht, die de rechter, de wetgever, het bestuur en de burger het nodige houvast geeft.¹⁸ In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer¹⁹ wordt het als volgt nog eens onder woorden gebracht dat de kernvraag is of de beoordeling van de vraag of een nationale regeling en dan met name een formele wet in strijd is met het ongeschreven volkenrecht, grondwettelijk wel of niet aan de rechter moet worden opgedragen. Die vraag is aldus beantwoord dat dat oordeel toekomt aan de wetgever.

6.11 Even aangenomen dat art. 3 WOS in de jaren tachtig inderdaad (nog) in strijd was met een ongeschreven regel van volkenrecht, zou de Nederlandse staat daarop eventueel door andere staten kunnen zijn aangesproken en de wetgever daarin aanleiding hebben kunnen zien de wet aan te passen, maar nu dat niet gebeurd is, zal de rechter zich aan de WOS moeten houden.

¹⁷ Rov 4.4.1 e.v.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 1977-1978, 15 049 (R 110, nr. 3, blz. 12, 13). Zie bijvoorbeeld ook Nader rapport aan de Koningin blz. 23.

¹⁹ *Kamerstukken I*, 15 049 (R 1100, (nr. 19, blz. 1,2).

Men kan natuurlijk van oordeel zijn dat een andere benadering dan die van de grondwetgever gewenst of noodzakelijk is.²⁰ Maar niet kan de rechter worden verweten dat hij binnen het constitutionele kader en in het bijzonder binnen de bij de Grondwet bepaalde grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven.

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

6.13 Art. 8 Sr luidt: “De toepasselijkheid van de art. 2-7 wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend.” De bepaling kwam al in het Wetboek van Strafrecht van 1886 voor. In de memorie van toelichting op het oorspronkelijke regeringsontwerp werd het behandeld onder het opschrift “C Extraterritorialiteit (art. 8)”²¹ Men had het oog op het “volkenrechtelijk beginsel van exterritorialiteit”²², waarbij immuniteit toekwam aan bepaalde personen, zoals staatshoofden van vreemde mogendheden, in Nederland geaccrediteerde diplomaten enz.²³ Die kunnen als zij in Nederland een strafbaar feit zouden begaan ter zake niet kunnen worden vervolgd en ten aanzien van hen kunnen ook geen onderzoekshandelingen worden verricht. Het gaat dus in het bijzonder om uitzonderingen *ratione personae* op de toepasselijkheid van het in de Nederlandse strafwet neergelegde territorialiteitsbeginsel.

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

“De ondergetekenden mogen er op wijzen, dat de hier voorgestelde verruiming uitsluitend betrekking heeft op strafbare feiten, opgenomen in de Wet oorlogsstrafrecht. Wanneer men er eenmaal van uitgaat dat deze strafbare feiten in een afzonderlijke Wet oorlogsstrafrecht behoren voor te komen, ligt het voor de hand, dat ook de bepalingen omtrent de omvang van de werking van deze bepalingen in die wet worden opgenomen.”²⁴

²⁰ Zo oordeelde indertijd ook de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke vraagstukken. Zie verder over de keuze rechter of wetgever bijvoorbeeld Röling, ‘Het volkenrecht en het nationale strafrecht’, *T.v.Sr.* 1963, blz. 383 e.v., die althans bij de toenmalige stand van zaken meende dat, gelet op de onzekerheid over de inhoud van met name het ongeschreven volkenrecht, de wetgever meer gekwalificeerd was om de inhoud daarvan correct te bepalen dan de strafrechter.

²¹ *Smidt I*, blz. 135. Zie ook reeds A.E. Bles, ‘Enige opmerkingen betreffende art. 8 Wetboek van Strafrecht’, *T.v.Sr.* 1893, blz. 423-427.

²² Op dit punt was en is ook tegenwoordig – naast immuniteiten die in verdragen zijn vastgelegd – ten dele nog sprake van volkenrechtelijk gewoonterecht.

²³ Zie NLR op art. 8. In aantek. 4 wordt nog gewezen op het naast het persoonlijke recht bestaande “plaatselijk recht van exterritorialiteit” voor te gast zijnde vreemde oorlogsschepen en vreemde legeronderdelen. Soms is die materie in een apart verdrag geregeld, zoals in het Navo-statusverdrag.

²⁴ *Kamerstukken II*, 1951-1952, 2258, nr. 5, blz. 12.

Het gaat dus om een aparte categorie van feiten met een eigen rechtsmachtregeling, waarvoor de wetgever klaarblijkelijk geen volkenrechtelijk beletsel zag; integendeel, de wetgever achtte zich gehouden de Verdragen van Genève aldus in de nationale wetgeving te incorporeren. De stelling van het middel dat als de redenering van het Gerechtshof wordt gevolgd, bijvoorbeeld een zittend staatshoofd in Nederland op basis van de WOS zou kunnen worden vervolgd, kan ik niet goed plaatsen. Uit de beslissing van het Hof vloeit niet voort dat de persoonlijke immuniteit van dat staatshoofd dan niet zou gelden.²⁵

6.15 Ook uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WIM blijkt dat het, net als in art. 8 Sr, gaat om bovenbedoelde uitzonderingen *ratione personae*.²⁶ In de WIM is een aparte bepaling (art. 16) opgenomen met betrekking tot immuniteiten. In dat artikel – waarin men materieel niet heeft willen afwijken van wat op dit gebied volkenrechtelijk gold en via art. 8 Sr al zijn toepassing in de Nederlandse rechtsorde vond – is een meer concrete regeling (omschrijving) opgenomen van immuniteiten, met het doel in het bijzonder het Openbaar Ministerie een goede basis te verschaffen voor een beoordeling; art. 8 Sr met zijn algemene verwijzing naar het volkenrecht gaf naar het oordeel van de wetgever te weinig houvast.

6.16 Het middel faalt.

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

7.2 Het middel berust op de ook in het pleidooi naar voren gebrachte opvatting, dat art. 10 WOS uitsluitend betrekking heeft op oorlogsmisdrijven die zijn begaan in een internationaal gewapend conflict, omdat in 1971, toen art. 10 WOS is ingevoegd, alsmede ten tijde van de tenlastegelegde feiten niet de regel gold dat feiten in een intern conflict niet konden verjaren. Allereerst merk ik op dat die opvatting al op het eerste gezicht lijkt te komen met de eerder genoemde beschikking van de Hoge Raad uit 1997 (*Knesevic II*). Daaruit kan immers worden afgeleid dat art. 10 WOS ook van toepassing is ingeval van schendingen van het gemeenschappelijk art. 3 van de Geneefse verdragen.²⁷

7.3 De relevante passage van het pleidooi begint met de opmerking dat wat met betrekking tot de rechtsmacht is aangevoerd, evenzeer geldt voor art. 10 WOS. Aangevoerd is dat er geen internationale regel bestond die voorzag in onverjaarbaarheid. Daarbij is onder meer een beroep gedaan op een Conventie van de VN uit 1968 (waarbij Nederland, naar ook is onderkend, overigens geen partij is²⁸) en op een in 1971 binnen de Raad van Europa bestaande communis opinio. Voor zover bedoeld is ook hier een beroep te doen op ongeschreven volkenrecht, meen ik dat het Hof door te overwegen dat dit verweer op dezelfde gronden moet worden verwor-

²⁵ De zinsnede in art. 3 WOS “Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht [...] bepaalde” zal met name zien op de in art. 8 Sr bedoelde immuniteiten voor bepaalde personen. Zie verder ook wat naar aanleiding van het vijfde middel zal worden opgemerkt.

²⁶ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28337, nr. 3 blz. 19-23 en 51.

²⁷ HR 11 november 1997, NJ 1998, 463, rov. 6.3.

²⁸ Precies het geval waarin de grondwetgever niet wilde dat de rechter wel aan zodanig, voor het Koninkrijk niet in werking getreden, verdrag zou toetsen (zie hiervoor onder 6.10).

pen als het rechtsmachtverweer, in zijn motiveringsverplichting niet is tekortgeschoten. Ook hier gelden zijn overwegingen met betrekking tot de toetsingsbevoegdheid van de rechter.

7.4 Bovendien zie ik niet in dat en waarom het ontbreken van een regel van internationaal recht die de niet-verjaarbaarheid voorschrijft, eraan in de weg zou staan dat de nationale wetgever ten aanzien van de desbetreffende misdrijven bepaalt dat deze niet verjaren.²⁹ Niet is gesteld dat enige regel van volkenrecht een zodanig optreden van de nationale wetgever zou verbieden, laat staan dat een zodanig verbod in het geschreven volkenrecht voorkomt.

7.5 De verdediging heeft aangevoerd dat art. 10 WOS, althans in 1985, niet zag op misdrijven begaan in interne conflicten, zodat de commune verjaringstermijnen van art. 70 Sr van toepassing zijn.³⁰ Het Hof heeft echter verwezen (zie rov. 5.4.4) naar de beschikking van de Hoge Raad uit 1997 in de zaak *Knesevic*, die zoals gezegd ook op art. 10 WOS betrekking had. De stelling van het middel dat het Hof in het geheel niet is ingegaan op dit aspect van het verweer, mist dus feitelijke grondslag. De vraag is wel of art. 10 WOS van toepassing is op de concrete onder 3 bewezenverklaarde en onder art. 8 WOS vallende gedragingen.

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

Blijkens de parlementaire geschiedenis van eerstgenoemde wet was de aanleiding daarvoor de dreigende verjaring van ernstige oorlogsmisdrijven begaan ten tijde van de Tweede Wereldoorlog en was het verder de bedoeling voor de toekomst de verjaring alleen uit te sluiten voor de ernstigste misdrijven. Daaronder zijn echter uitdrukkelijk ook geschaard de gekwalificeerde overtredingen van art. 8 WOS – de feiten gepleegd onder de strafverzwarende omstandigheden genoemd in het tweede en het derde lid – hoewel de regering heeft erkend dat het dan in concreto ook wel eens om een minder ernstige misdrijving zou kunnen gaan. Een onderscheid binnen de door de leden 2 en 3 bestreken categorieën werd echter niet gewenst geacht.³¹

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

7.7 Het middel is tevergeefs voorgesteld.

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

²⁹ Zie Ruth A. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law*, 2007, blz. 36, 37 en 380. Daarin wordt beschreven hoe de kwestie van de niet-verjaarbaarheid een zaak van de nationale wetgevers is geweest. In de loop der tijden gingen steeds meer landen ertoe over verjaring voor deze feiten uit te sluiten (Denemarken was in de veertiger jaren de eerste). Zij is van oordeel dat pas in het begin van de 21e eeuw van een (algemene) rechts-overtuiging kan worden gesproken dat feiten als de onderhavige niet behoren te verjaren.

³⁰ Als ik het goed begrijp sluit de verdediging niet uit dat zulks onder de gelding van dezelfde WOS na 1985, althans voor toen nog niet voltooide verjaringen anders is geworden, maar in ieder geval was dat in de relevante periode haars inziens niet het geval.

³¹ *Kamerstukken II*, 1968-1969, 10 251, nr. 3, blz. 6 l.k. en nr. 7, blz. 3 r.k.

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

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

(i) volgens de Hoge Raad in art. 8 (oud) WOS onder meer inbreuken op het gemeenschappelijk art. 3 strafbaar waren gesteld, en wel vanaf de datum van de inwerkingtreding van die wet in 1952³², en

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

8.4 Om begripsverwarring te voorkomen het volgende. Van “torture” wordt ook gesproken in het Folteringverdrag.³³ Het wordt in het Nederlands vertaald als foltering. Het is in feite een gekwalificeerde vorm van marteling (of mishandeling). Er zijn namelijk twee bijkomende bestanddelen: de ene is gelegen in de hoedanigheid van de dader – kort gezegd een overheidsfunctionaris of een andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt – de andere in het bijzondere oogmerk, dat bijvoorbeeld ertoe moet strekken om inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen.

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

De marteling als bedoeld in genoemd gemeenschappelijk art. 3, thans opgenomen in art. 6 WIM, kent trouwens ook een bijkomend bestanddeel, maar die is van andere aard: de marteling moet zijn gepleegd ten tijde van een niet-internationaal gewapend conflict.³⁴

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

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

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

Art. 146, derde lid van het vierde Verdrag houdt in dat de Verdragssluitende partijen maatregelen dienen te nemen, nodig om de met de bepalingen van het Verdrag strijdige handelingen

³² Of beter: vanaf 1955 toen de vier verdragen voor Nederland van kracht werden.

³³ *Trb.* 1985, 69.

³⁴ Zie ook de beschouwing in de M.v.T. op de WIM: *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 337, nr. 3, blz. 47.

welke niet vallen onder de art. 147 omschreven ernstige inbreuken³⁵ tegen te gaan. Ter voldoening aan die verplichting heeft de wetgever dus (mede) gekozen voor de strafbaarstelling van de in het gemeenschappelijk art. 3 verboden gedragingen, omdat hij die strafbaarstelling nodig achtte om inbreuken op dat artikel tegen te gaan. Dat de wetgever in dat verband niet tot een individuele strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling mocht overgaan, zie ik niet in. Voor zover echter in het pleidooi ook bedoeld is een beroep te doen op ongeschreven volkenrecht dat aan dat laatste in de weg zou staan, gaat dat betoog, wat daarvan zij, overigens al niet op gelet op wat hiervoor over de toetsingsbevoegdheid van de rechter is opgemerkt.

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

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

Bedoelde opvatting kan ook niet uit de in de toelichting op het middel onder 2.4 geciteerde passage uit het werk van Jofriet worden afgeleid. Uitdrukkelijk wordt daarin verderop vermeld dat de vier Geneefse verdragen na hun inwerkingtreding op 3 februari 1955 onder (art. 8 van) de WOS vielen; die datum van inwerkingtreding markeert, aldus de schrijver, het tijdstip waarop de strafbaarheid van de desbetreffende feiten naar Nederlands recht is ingetreden. Voor het gemeenschappelijk art. 3 wordt geen uitzondering gemaakt.³⁶

Bedoelde restrictieve opvatting wordt ook niet gedeeld door Keijzer.³⁷ Hij schrijft in dit verband:

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

8.8 Het middel kan niet tot cassatie leiden.

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

9.2 Ieder van de vier Geneefse verdragen geeft een omschrijving van de categorie

³⁵ Zoals eerder opgemerkt, de “grave breaches”, alleen van toepassing in internationale gewapende conflicten, waarbij de verplichting tot strafbaarstelling met zoveel woorden is omschreven.

³⁶ J.R.G. Jofriet, *Handboek strafzaken*, internationale misdrijven [71-9]-3 (april 2006).

³⁷ N. Keijzer in: Van den Bosch c.s., *Handboek van militair straf- en tuchtrecht*, aantek. 3 op art. 8 WOS (suppl. 20; september 1998).

beschermde personen waarop het betrekking heeft. Het eerste Verdrag voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, bepaalt bijvoorbeeld in art. 13 in detail op wie het Verdrag van toepassing is. Het vierde Verdrag tot bescherming van burgers in oorlogstijd omschrijft die personen in art. 4. Zoals gezegd hebben deze Verdragen betrekking op de situatie van een internationaal gewapend conflict.

Het gemeenschappelijk art. 3 – zoals opgemerkt ook wel gekarakteriseerd als een miniverdrag binnen ieder van genoemde vier verdragen – dat van toepassing is in geval van een intern gewapend conflict, stelt als enige voorwaarde dat de betrokken personen niet rechtstreeks aan de vijandelikheden deelnemen. Daaronder kunnen ook vallen leden van de strijdkrachten die de wapens hebben neergelegd etc.

9.3 In de pleitnota wordt voor het geval sprake is van intern gewapend conflict gesteld dat de handelingen moeten zijn begaan hetzij door een militair of een burger tegen een vijandelijke militair of een vijandelijke burger. Degene die martelt etc. moet dus behoren tot de “tegenpartij” vanuit het perspectief van het slachtoffer gezien. Een misdrijf van een militair tegen een militair van de eigen strijdkrachten valt bijvoorbeeld dus niet onder het onderhavige verbod.³⁸ Vervolgens wordt de vraag gesteld of uit het bewijsmateriaal kan worden afgeleid dat [slachtoffer 3] daadwerkelijk tot de tegenpartij behoorde en geconcludeerd dat dat niet het geval is.

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

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

Op de dag van zijn arrestatie had [slachtoffer 3], die in overheidsdienst werkte, een afspraak met een ander lid van de oppositionele SAMA-groepering. Hij werd samen met anderen gearresteerd en langdurig gemarteld omdat hij ervan werd verdacht betrokken te zijn bij SAMA³⁹ en de Jamiat-Islami partij (bewijsmiddel 11). De familie van [slachtoffer 3] verbleef in het gebied dat onder controle was van de Mujaheddien. [slachtoffer 3] was ook sympathisant van de Mujaheddien (de Jamiat-Islami partij) en droeg hun gedachtegoed uit (bewijsmiddelen 13 en 15). Hij was strijder voor de Mujaheddien en heeft naar Nasim meent te weten, eerder ook daadwerkelijk meegevochten (bewijsmiddel 16).

9.6 Het enkele feit dat het doden etc. van iemand die tot dezelfde partij behoort, geen oorlogsmisdrijf oplevert, betekent nog niet dat ten aanzien van het slachtoffer zou moeten komen vast te staan dat het “daadwerkelijk geïncorporeerd was” in de tegenpartij, wat onder dat geïncorporeerd zijn ook zou moeten worden verstaan in een geval als dit, waarin verschillende oppositionele (strijd)groepen in los verband of soms naast elkaar

³⁸ Daarbij is onder meer verwezen naar A. Casese, *International criminal law*, 2003, blz. 117.

³⁹ Ter zake daarvan is [slachtoffer 3] uiteindelijk ook veroordeeld tot 17 jaar gevangenisstraf.

opereren.⁴⁰ Ik heb die eis niet kunnen vinden in het Commentaar op de Geneefse Verdragen⁴¹ of in andere literatuur. Wel degelijk is in gemeenschappelijk art. 3 en het Aanvullend Protocol II ook en voor zover ik zie zelfs in de eerste plaats de bescherming van burgers beoogd. Wel moet er een zekere band zijn met het interne conflict⁴², maar dat daarvan sprake was, is gelet op de gebruikte bewijsmiddelen duidelijk.

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

9.8 Het middel is tevergeefs voorgesteld.

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

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

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

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

10.4 Art. 16 WIM luidt als volgt:

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

⁴⁰ In de pleitnota wordt onder verwijzing naar niet nader genoemde jurisprudentie en literatuur gesteld dat de betrokkene geïncorporeerd moet zijn in het leger van de vijand.

⁴¹ Integendeel. Ik citeer: “Article 3 has an extremely wide field of application and covers members of the armed forces as well as persons who do not take part in the hostilities. In this instance (dat is in het kader van het vierde verdrag, C.B.), however, the Article naturally applies first and foremost tot civilians – that is to people who do not bear arms” (Commentary IV Geneva Convention, blz. 40). Zie ook M.C. Bassiouni en P. Nanda, *A treatise of on international criminal law*, 1973 dl. I, blz. 372 e.v. over de minimum gedragsregels die art. 3 stelt. [M. Veuthey, ‘Non-international armed conflict and guerilla warfare’, in: M.C. Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, 1999, deel I (Crimes), blz. 417-438]

⁴² A. Cassese, *International criminal law*, 2003, blz. 49.

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

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

10.5. Bij de in art. 16 WIM neergelegde erkenning van immuniteit voor buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken heeft de wetgever acht geslagen⁴³ op een op 14 februari 2002 door het Internationaal Gerechtshof gewezen arrest in de zaak van de Democratische Republiek Congo tegen België betreffende de Congolese minister van buitenlandse zaken, Abdulaye Yerodia Ndombasi, tegen wie op basis van universele rechtsmacht een aanhoudingsbevel was uitgevaardigd door een Belgische onderzoeksrechter.⁴⁴ Het Hof oordeelde dat zittende ministers van buitenlandse zaken op grond van internationaal gewoonterecht strafrechtelijke immuniteit genieten. Reden hiervoor is gelegen in het feit dat het functioneren van ministers van buitenlandse zaken in het belang van een ordelijke communicatie tussen staten anders onmogelijk zou worden. Een en ander geldt mutatis mutandis ook voor staatshoofden en regeringsleiders.⁴⁵

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

10.7 Uit de bewijsmiddelen in de onderhavige zaak kan worden opgemaakt dat verdachte de functie vervulde van hoofd van de militaire inlichtingendienst/veiligheidsdienst, de Khad-e-Nezami, en tevens onderminister van Staatsveiligheid (WAD) was. Immuniteit strekt zich niet uit tot een onderminister⁴⁶, laat staan tot een onderminister van staatsveiligheid.

10.8 In het middel wordt de stelling betrokken dat op grond van het volkenrecht immuniteit bestaat voor gezagsdragers van een vreemde mogendheid – waarmee kennelijk ook wordt bedoeld op voormalige gezagsdragers – voor wat betreft in de hier relevante periode gepleegde oorlogsmisdrijven.⁴⁷ Het middel heeft het oog op de zogenaamde functionele immuniteit, kort gezegd inhoudende dat in beginsel handelingen van een overheidsdienaar in zijn officiële functie verricht, worden toegerekend aan de staat in wiens dienst hij is opgetreden, zodat niet hij,

⁴³ Zie in dit verband ook R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, 'Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen', *NJB* 2002, afl. 35, blz. 1749, 1750.

⁴⁴ ICJ 14 February 2002, Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), General List No. 121.

⁴⁵ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 20.

⁴⁶ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 14.

⁴⁷ Het middel beroept zich op een passage uit hoofdstuk 3 van de dissertatie van Van Alebeek betrekking hebbende op de functionele immuniteit. Vgl. echter ook Van Alebeek, *The immunity of States and their officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, hoofdstuk 5. Voor internationale misdrijven geldt een uitzondering.

maar alleen die staat aansprakelijk kan worden gehouden voor enige schending van het internationale recht. In het middel wordt toegegeven dat een uitzondering op dat beginsel geldt voor internationale misdrijven, maar dat was, als ik het goed begrijp naar het oordeel van de verdediging in de tachtiger jaren van de vorige eeuw nog niet het geval. Die opvatting is onjuist. Direct na de Tweede Wereldoorlog beschermde het beginsel van functionele immuniteit de betrokken verdachten al niet tegen een individuele aansprakelijkheidstelling ter zake van oorlogsmisdrijven etc.⁴⁸

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

10.10 Het middel faalt dus.

[...]

NASCHRIFT

In de jaren 1980 bekleedde verdachte in deze zaak een hoge rang in de toenmalige Afghaanse militaire inlichtingendienst Khad-e-Nezami, waarvan hij uiteindelijk directeur werd; voorts was hij plaatsvervangend minister van staatsveiligheid.

Nadat een het door de Sovjet-Unie gesteunde regime omvergeworpen was, zocht verdachte in Nederland asiel. Zijn verzoek werd echter afgewezen op grond van art. 1F van het Vluchtelingenverdrag.⁴⁹ Tegen verdachte werd een strafrechtelijk onderzoek ingesteld, dat leidde tot zijn vervolging ter zake van (1) medeplegen van oorlogsmisdaden door het plegen van geweld tegen zeven personen in Kabul, tussen 1 januari 1982 en 31 december 1988, (2) medeplegen van foltering van twee personen in Kabul, tussen 1 november 1989 en 31 december 1990 en (3) toelaten dat ondergeschikten oorlogsmisdaden begaan, t.w. geweldpleging tegen twee personen in Kabul, tussen 1 oktober 1985 en 31 december 1988.

Op 4 december 2005 veroordeelde de rechtbank 's-Gravenhage verdachte tot twaalf jaar gevangenisstraf ter zake van de onder (2) en (3) omschreven feiten, begaan ten aanzien van één van de in de tenlastelegging genoemde personen.⁵⁰ Verdachte stelde hoger beroep in.

Op 29 januari 2007 veroordeelde het gerechtshof 's-Gravenhage verdachte eveneens tot twaalf jaar gevangenisstraf ter zake van de onder (2) en (3) omschreven feiten, begaan ten aanzien van één van de in de tenlastelegging genoemde personen.⁵¹ Verdachte stelde beroep in cassatie in; van de zeven voorgestelde middelen van cassatie worden hier vijf middelen besproken.

In het eerste middel wordt betoogd dat verdachte bij gebrek aan rechtsmacht ten aanzien van het onder (3) bedoelde feit niet ter zake niet vervolgd kon worden. Nu een volkenrechtelijk mandaat ontbrak om universele rechtsmacht te scheppen ten aanzien van feiten begaan in een intern gewapend conflict, diende art. 3 WOS – dat bepaalde dat de Nederlandse strafwet toepassing vindt ten aanzien

⁴⁸ Zoals blijkt uit de vervolgingen en veroordelingen in Neurenberg en Tokio. Zie bijvoorbeeld A. Cassese, *International Criminal Law*, 2003, blz. 264 e.v., in het bijzonder blz. 265-267. M.Ch. Bassiouni, *International Criminal Law* dl. III, 1999, blz. 142 en 143 (ten aanzien van de onzekerheid voor zover het betreft staatshoofden en diplomaten).

⁴⁹ Genève 28 juli 1951, *Trb.* 1951, 131; zie voor de vertaling in het Nederlands *Trb.* 1954, 88, *Trb.* 1957, 21 en *Trb.* 1966, 197.

⁵⁰ Rb. 's-Gravenhage 14 oktober 2005, *LJN* AU4347.

⁵¹ Hof 's-Gravenhage 29 januari 2009, *LJN* AZ7143.

van elke persoon die zich buiten Nederland aan een feit als bedoeld in de artikelen 8 en 9 schuldig maakt – buiten toepassing gelaten te worden.

Bij de beoordeling van dit middel stelt de Hoge Raad voorop dat sinds de inwerkingtreding van het Vierde Geneefse verdrag handelen in strijd met art. 3 van het verdrag een oorlogsmisdrijf als bedoeld in art. 8 WOS opleverde, wat meebracht dat de Nederlandse rechter op grond van art. 3 WOS universele rechtsmacht toekwam.⁵² Voorts ligt in art. 94 Gw ligt besloten dat de rechter wettelijke voorschriften niet mag toetsen aan ongeschreven volkenrecht, waaruit volgt dat het Hof niet bevoegd was de rechtsmachtregeling van art. 3 WOS te toetsen aan ongeschreven volkenrecht.⁵³ En ten slotte bood art. 8 Sr geen grond om art. 3 WOS buiten toepassing te laten; art. 8 Sr is niet meer dan een wettelijke erkenning van aan het volkenrecht ontleende immuniteit van jurisdictie.⁵⁴

Het middel stelt de vraag aan de orde waartoe staten-partijen verplicht zijn met betrekking tot schendingen van het gemeenschappelijke artikel 3 van de Geneefse verdragen. Waar de verdragen met zoveel woorden bepalen dat staten-partijen verplicht zijn verdachten van ‘grave breaches’ te vervolgen of over te leveren, verplichten zij hen slechts tot het treffen van maatregelen om andere schendingen tegen te gaan.⁵⁵ De verdragen zwijgen omtrent de vraag welke maatregelen getroffen moeten worden, c.q. of de desbetreffende schendingen strafbaar gesteld moeten worden.

In hoger beroep was betoogd dat – nu een uitdrukkelijk volkenrechtelijk mandaat om universele rechtsmacht te vestigen – de Nederlandse rechter geen rechtsmacht ten aanzien van schendingen van art. 3 van het Vierde Geneefse verdrag toekwam, ook niet als Nederlands recht in universele rechtsmacht voorzag: een bepaling van die strekking zou onverenigbaar zijn met internationaal recht. Het Hof was deze kwestie in zekere zin uit de weg gegaan, door te overwegen dat de Grondwet de rechter verbiedt wettelijke voorschriften te toetsen aan internationaal gewoonterecht.

Dat is ook het uitgangspunt van de Hoge Raad: in art. 94 Grondwet – dat de rechter verplicht wettelijke voorschriften te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties – ligt besloten dat hij deze niet mag toetsen aan ongeschreven volkenrecht. Gelet op de verwijzing door de Hoge Raad naar zijn arrest inz. Bouterse is dat geen verrassing, hoewel opmerking verdient dat in dat geval gesteld was dat internationaal gewoonterecht wèl grond voor vestiging van rechtsmacht bood.⁵⁶

Voorts – aangenomen dat de Grondwet toetsing van wettelijke voorschriften aan internationaal gewoonterecht verbiedt – was in hoger beroep betoogd dat art. 8 Sr de rechter tot zodanige toetsing verplicht. Ook met dit argument vond de verdediging geen gehoor, want waar de Grondwet toetsing uitsluit, kan het Wetboek van Strafrecht daartoe niet verplichten.

Naar aanleiding van de desbetreffende klacht in cassatie overweegt de Hoge Raad dat de toepassing van Nederlandse rechtsmachtbepalingen inderdaad beperkt wordt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend. Daarmee is echter niets gezegd omtrent de aard van die uitzonderingen: geldt als zodanig ook het geval het volkenrecht geen mandaat voor vestiging van rechtsmacht verschaft? Met de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof is die zaak niet tot klaarheid gebracht.⁵⁷ Bovendien

⁵² R.o. 6.2.

⁵³ R.o. 6.4-6.5.

⁵⁴ R.o. 6.6.

⁵⁵ Zie de artt. 49 lid 3 Genève I, 50 lid 3 Genève II, 129 lid 3 Genève III, 146 lid 3 Genève IV.

⁵⁶ HR 18 september 2001, NJ 2002, 559.

⁵⁷ IHG 14 februari 2002, ICJ Rep. 3; ICGJ 22 (ICJ 2002).

betrof die zaak de vraag of Yerodia immuniteit genoot. Wellicht om die reden leest de Hoge Raad in art. 8 Sr slechts een verwijzing naar volkenrechtelijke immuniteiten. Dan betreffen de uitzonderingen waarvan art. 8 Sr spreekt uitsluitend negatieve voorwaarden voor vestiging van rechtsmacht. Hoewel dat een pleitbaar standpunt is, ontbreken echter logische redenen om te onderscheiden tussen negatieve en positieve voorwaarden: als internationaal gewoonterecht toepassing van nationale rechtsmachtbepalingen kan uitsluiten, kan even goed worden betoogd dat dergelijke bepalingen moeten voldoen aan de volkenrechtelijke vereisten voor het vestigen van rechtsmacht.

In het vijfde middel wordt geklaagd dat art. 8 Sr vervolging – dat bepaalt dat de toepasselijkheid van rechtsmachtbepalingen beperkt wordt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend – van verdachte uitsloot, in aanmerking genomen dat hij ten tijde van de ten laste gelegde feiten – als directeur van de militaire inlichtingendienst en onderminister van staatsveiligheid – immuniteit genoot. Over dit middel is de Hoge Raad kort: het faalt reeds op de grond dat verdachte uit hoofde van de ene noch de andere functie immuniteit toekomt.⁵⁸

Het tweede middel houdt de klacht in dat het recht tot vervolging van verdachte verjaard was. Aan deze klacht ligt de stelling ten grondslag dat art. 10 lid 2 WOS – dat verjaring uitsloot ten aanzien van de feiten bedoeld in art. 8 lid 2 en 3 en art. 9, voor zover deze met eerstgenoemde verband houden – niet voorzag in onverjaarbaarheid van schendingen van art. 3 van het Vierde Geneefse verdrag.

De Hoge Raad verwerpt deze stelling, die geen steun vindt in de bewoordingen of de totstandkomingsgeschiedenis van art. 10 lid 2 WOS. Daarbij merkt hij op dat – ook als wordt aangenomen dat schendingen van art. 3 van het Vierde Geneefse verdrag naar internationaal recht niet verjaren – die omstandigheid de nationale wetgever niet belette een bepaling van die strekking tot stand te brengen.⁵⁹

De vraag of het vervolgingsrecht door verjaring vervallen was vormt als het ware het spiegelbeeld van de vraag betreffende Nederlandse rechtsmacht: brengt de omstandigheid dat internationaal recht verjaring niet uitsluit – m.a.w. niet tot onverjaarbaarheid verplicht – mee dat de nationale wetgever daarin niet mag voorzien? Ook aan dit middel ligt de opvatting ten grondslag dat nationale voorschriften betreffende het recht tot strafvervolging een volkenrechtelijke basis moeten hebben. Maar bij de verjaring gaat het om de vraag of internationaal recht vervolging niet uitsloot, m.a.w. om een negatieve voorwaarde. Zo bezien is het oordeel van de Hoge Raad consistent met zijn overwegingen naar aanleiding van het eerste middel.

In het vierde middel wordt betoogd dat het de tenlastelegging onder (3) bedoelde slachtoffer niet kon worden beschouwd als een beschermde persoon in de zin van het Vierde Geneefse verdrag. De Hoge Raad oordeelt anders. Gezien de bewijsmiddelen is 's Hofs oordeel dat het slachtoffer een beschermde persoon in de zin van het Vierde Geneefse verdrag was onjuist noch onbegrijpelijk. Van een beschermde persoon in de zin van het verdrag is niet eerst sprake als betrokkene is 'geïncorporeerd in de tegenpartij'.⁶⁰ Een andersluidend oordeel zou in strijd met de geest van het verdrag zijn geweest, dat de bescherming van burgers niet afhankelijk stelt van de mate waarin zij partij hebben gekozen in het desbetreffende conflict.

In het derde middel wordt ten slotte geklaagd dat op de onder (3) ten laste gelegde tijdstippen

⁵⁸ R.o. 7.2.

⁵⁹ R.o. 8.2.

⁶⁰ R.o. 9.2.

STRAFRECHTSPRAAK

marteling begaan in het kader van een intern gewapend conflict niet strafbaar was. Ook dit middel is volgens de Hoge Raad vergeefs voorgesteld. Nu art. 8 WOS strekte tot uitvoering van art. 146 lid 3 van het Vierde Geneefse verdrag, zag dit mede op handelen in strijd met art. 3 van het verdrag in de context van een intern gewapend conflict. Daarom kon buiten beschouwing blijven of marteling in de jaren '80 een oorlogsmisdrijf opleverde.⁶¹

MMD

⁶¹ R.o. 10.2.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 25 juni 2009

08/1395 MAW

LJN BJ2333

MR. K. ZEILEMAKER

Wie een kuil graaft voor een ander...

Een adjudant-onderofficier van de KL verzoekt in april 2006 de plaatsvervangend commandant 310 Hrstcie in te grijpen, aangezien de directe commandant van de adjudant niet juist zou kunnen omgaan met zijn functie en misbruik zou maken van zijn macht. Naar aanleiding van dit verzoek heeft de Commandant I Logistieke Brigade opdracht gegeven tot een huishoudelijk onderzoek naar de geuite aantijgingen van de adjudant. De commissie van huishoudelijk onderzoek concludeert dat geen sprake is van machtsmisbruik of disfunctioneren van de directe commandant van de adjudant, dat deze door de handelwijze van de adjudant op onacceptabele wijze is beschadigd, dat de adjudant structureel tekortschiet in zijn wijze van communiceren en dat de adjudant mede door eigen toedoen thans een ernstig verstoorde arbeidsrelatie met zijn medewerkers en zijn commandanten heeft. De commissie heeft op basis van deze conclusies geadviseerd jegens appelland disciplinaire maatregelen te treffen vanwege ontoelaatbare gedragingen.

Daarna heeft de Commandant I Logistieke Brigade de Commandant Landstrijdkrachten verzocht voor-noemde bevindingen als ambtsbericht aan te merken en aldus in het personeelsdossier van de adjudant op te leggen. Vervolgens is namens de Commandant Landstrijdkrachten aan de adjudant meegedeeld dat het schrijven van de Commandant I Logistieke Brigade is aangemerkt als (negatief) ambtsbericht. Een daartegen gericht bezwaarschrift is door de Commandant Landstrijdkrachten ongegrond verklaard. De Rechtbank 's-Gravenhage heeft op 21 januari 2008 het beroep van de adjudant tegen dat besluit ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt deze uitspraak en verklaart het hoger beroep ongegrond. In het dossier zijn voldoende bewijsmiddelen neergelegd die het ambtsbericht kunnen dragen. Voor de klacht van de adjudant dat de commissie van huishoudelijk onderzoek vooringenomen was, wordt geen steun gevonden in de gedingstukken.

(Procedureregul ambtsberichten militairen Koninklijke Landmacht)

UITSpraak

op het hoger beroep van [Appelland], wonende te [woonplaats], (hierna: appelland), tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 21 januari 2008, 07/3801 (hierna: aangevallen uitspraak), in het geding tussen appelland en de Commandant Landstrijdkrachten (hierna: commandant)

I. Procesverloop

Appelland heeft hoger beroep ingesteld.

De commandant heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 4 juni 2009. Appellant is verschenen. De commandant heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. E.C.H. Pot, werkzaam bij het ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

1. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende hier van belang zijnde feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant was ten tijde van belang als adjudant onderofficier werkzaam in de functie van hoofd productiebesturing bij Matlogpel, onderdeel van 310 Herstelcompagnie (Hrscie), 1 Logistieke Brigade, te [vestigingsplaats]. Met een e-mailbericht van 13 april 2006 heeft appellant de plaatsvervangend commandant 310 Hrscie, [naam L] (hierna: L), verzocht in te grijpen, aangezien de commandant van Matlogpel [vestigingsplaats], [naam V] (hierna: V), sinds 1 januari 2006 de directe chef van appellant, niet juist zou kunnen omgaan met zijn functie en misbruik zou maken van zijn macht.

1.2. Naar aanleiding van dit e-mailbericht heeft brigade generaal [naam K.] (hierna: K) opdracht gegeven een huishoudelijk onderzoek te verrichten, teneinde te bezien of de door appellant geuite aantijgingen jegens V gefundeerd en terecht zijn. Hangende het onderzoek is appellant per 1 mei 2006 tijdelijk te werk gesteld bij Matlogpel te [plaatsnaam].

1.3. In het verslag van het huishoudelijk onderzoek van 12 juli 2006 heeft vernoemde commissie geconcludeerd dat geen sprake is van machtsmisbruik of disfunctioneren van V, dat V door de handelwijze van appellant op onacceptabele wijze is beschadigd, dat appellant structureel tekortschiet in zijn wijze van communiceren en dat appellant mede door eigen toedoen thans een ernstig verstoorde arbeidsrelatie met zijn medewerkers en zijn commandanten heeft. De commissie heeft op basis van deze conclusies geadviseerd jegens appellant disciplinaire maatregelen te treffen vanwege ontoelaatbare gedragingen.

1.4. Bij brief van 31 juli 2006 heeft K aan de commandant Personeelscommando meegegeeld de adviezen van de commissie van huishoudelijk onderzoek geheel over te nemen en deze verzocht namens de commandant de brief van 31 juli 2006, conform de procedureregel Ambtsberichten militairen Koninklijke Landmacht, als ambtsbericht aan te merken en aldus in het personeelsdossier van appellant op te leggen.

1.5. Bij besluit van 1 september 2006 is namens de commandant aan appellant meegedeeld dat het schrijven van K van 31 juli 2006 is aangemerkt als (negatief) ambtsbericht.

1.6. Bij besluit van 13 maart 2007 (hierna: bestreden besluit) heeft de commandant het bezwaar tegen het besluit van 1 september 2006 ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellant ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt ten aanzien van hetgeen appellant in hoger beroep heeft aangevoerd als volgt.

4.1. In geding is de vraag of de commandant de brief van 31 juli 2006 op goede gronden als een ambtsbericht heeft aangemerkt.

BESTUURSRECHTSPRAAK

4.2. De Raad beantwoordt die vraag bevestigend en stelt zich achter de overwegingen van de rechtbank in de aangevallen uitspraak. Ook de Raad kan op basis van de aan het onderzoeksverslag ten grondslag gelegde stukken, waaronder meerdere gespreksverslagen, brieven en e-mailberichten, slechts vaststellen dat de stellingname van de commandant, dat appellant structureel tekortschiet in zijn manier van communiceren, gerechtvaardigd is.

4.3. Evenals de rechtbank is de Raad van oordeel dat het ambtsbericht berust op een feitelijk voldoende onderbouwde grondslag en dat inzicht bestaat in de omstandigheden waaronder de appellant verweten gedragingen hebben plaatsgevonden. Hetgeen appellant in hoger beroep heeft aangevoerd heeft de Raad niet tot een ander oordeel kunnen brengen. Voor zover appellant moet worden geacht in hoger beroep te hebben betoogd dat het (verslag van) het huishoudelijk onderzoek op vooringenomen wijze tot stand is gekomen, voegt de Raad hier nog aan toe dat daarvoor in de gedingstukken geen aanwijzingen zijn te vinden.

5. Gelet op het vorenoverwogene moet de aangevallen uitspraak worden bevestigd.

6. De Raad acht geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 24 september 2009

08/1910 MAW en 08/1912 MAW

LJN BJ9356

VOORZITTER: MR. H.A.A.G. VERMEULEN; LEDEN: MR. J.TH. WOLLESWINKEL EN MR. K.J. KRAAN

Ontheffing uit de initiële opleiding

Een militair aangesteld bij de Koninklijke Luchtmacht (KLu) was eerder uit de opleiding tot specialist Luchtverkeersbeveiliging ontheven wegens onvoldoende resultaat. Na herbestemming naar het functiegebied Vliegoperationele Ondersteuning (VLOO) wordt betrokkene aangewezen voor de opleiding tot specialist VLOO. Ook hieruit wordt hij ontheven wegens onvoldoende resultaat. Tevens wordt hem verweten dat hij niet of onvoldoende heeft laten zien dat hij de met die functie gepaard gaande verantwoordelijkheid aan kan. Bij besluit van 28 april 2006 heeft de Commandant Luchtstrijdkrachten hem ontheven van de opleiding tot specialist VLOO. Tevens is appellant bij dit besluit met ingang van 1 juni 2006 ontslag uit de militaire dienst verleend. Een tegen dit besluit gericht bezwaar is bij besluiten van 12 maart 2007 ongegrond verklaard. De Rechtbank 's-Gravenhage heeft het daartegen gerichte beroep op 24 januari 2008 ongegrond verklaard welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. De Raad is van oordeel dat de ontheffing en het verleende ontslag de rechterlijke toets kunnen doorstaan. De stelling van betrokkene, dat bepaalde gedragingen van hem een medische oorzaak hadden, wordt verworpen.

(AMAR, artikel 13, 17 (oud) en 39, tweede lid, aanhef en onder h;
ontheffing uit de initiële opleiding en ontslag)

UITSpraak

op het hoger beroep van: [appellant], wonende te [woonplaats], (hierna: appellant), tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 24 januari 2008, 07/3837 en 07/3839 (hierna: aangevallen uitspraak), in de gedingen tussen: appellant en de Commandant Luchtstrijdkrachten (hierna: commandant)

I. Procesverloop

Appellant heeft hoger beroep ingesteld.

De commandant heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 20 augustus 2009. Appellant is niet verschenen. De commandant heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. E.C.H. Pot, werkzaam bij het ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

I. Voor een uitgebreidere weergave van de hier van belang zijnde feiten en omstandigheden

wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant was met ingang van 3 april 2002 aangesteld bij de Koninklijke Luchtmacht met de bedoeling hem een opleiding tot specialist Luchtverkeersbeveiliging op de vliegbasis Leeuwarden te laten volgen. Nadat appellant van deze opleiding was ontheven wegens onvoldoende resultaat en vervolgens was geconcludeerd dat de begeleiding van appellant op genoemde vliegbasis onvoldoende was geweest, is appellant op 31 maart 2005 bij wijze van herkansing herbestemd naar het functiegebied Vliegoperationele Ondersteuning (VLOO) met plaatsing op de vliegbasis [naam vliegbasis], waar hij naast praktische tewerkstelling een opleiding tot specialist VLOO zou gaan volgen.

1.2. Appellant heeft bij het volgen van de opleiding tot specialist VLOO niet voldoende resultaten behaald. De desbetreffende examencommissie heeft op 7 november 2005 geoordeeld dat appellant niet thuishoort in het vakgebied VLOO. Daartoe is erop gewezen dat de specialist VLOO een enorme verantwoordelijkheid heeft en dat appellant niet of onvoldoende heeft laten zien dat hij die verantwoordelijkheid aan kan. Mede gezien de wijze waarop appellant zich heeft gedragen, heeft de commissie gemeend dat hem geen nieuwe kans moest worden geboden.

1.3. Bij besluit van 28 april 2006 heeft de commandant appellant op grond van artikel 17 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) ingaande 20 april 2006 van de opleiding tot specialist VLOO ontheven. Tevens is appellant bij dit besluit op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder h, van het AMAR met ingang van 1 juni 2006 ontslag uit de militaire dienst verleend. Bij de bestreden besluiten van 12 maart 2007 heeft de commandant de bezwaren van appellant tegen deze ontheffing en dit ontslag ongegrond verklaard. In het bestreden besluit betreffende de ontheffing heeft de commandant als grondslag voor die ontheffing artikel 13, zesde lid, van het AMAR vermeld.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak de beroepen van appellant tegen de bestreden besluiten ongegrond verklaard.

3. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep hebben aangevoerd, overweegt de Raad het volgende.

3.1. De ontheffing van de opleiding tot specialist VLOO.

3.1.1. Gelet op de onvoldoende resultaten van appellant bij de opleiding, de bevindingen van de examencommissie en hetgeen uit de gedingstukken omtrent houding en gedrag van appellant is gebleken, zoals ook vermeld in de aangevallen uitspraak, acht de Raad geen grond aanwezig voor het oordeel dat de ontheffing van appellant van de opleiding de rechterlijke toets niet kan doorstaan. Appellant heeft in hoger beroep geen feiten of omstandigheden genoemd die dit anders maken.

3.1.2. Het hoger beroep slaagt op dit onderdeel dus niet en de aangevallen uitspraak komt in zoverre voor bevestiging in aanmerking.

3.2. Het ontslag uit de militaire dienst.

3.2.1. Nu appellant van de opleiding VLOO was ontheven moet worden vastgesteld dat de commandant bevoegd was hem met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder h, van het AMAR te ontslaan. De Raad staat voor de vraag of gezegd moet worden dat de commandant niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

3.2.2. Uit de gedingstukken komt genoegzaam naar voren dat appellant onstabiel gedrag vertoonde. Niet ten onrechte leidde dit bij de commandant tot gebrek aan vertrouwen in de opleidbaarheid van appellant voor een functie bij de Koninklijke Luchtmacht.

3.2.3. Met betrekking tot de stelling van appellant dat de commandant had moeten onderzoeken of bepaalde gedragingen van appellant een medische oorzaak hadden, overweegt de Raad dat appellant een aantal malen een onderhoud heeft gehad met een arts/psychotherapeut van de Koninklijke Luchtmacht. Met inachtneming van het rapport van deze arts van 29 juni 2006 heeft de bedrijfsarts geconcludeerd dat appellant begin mei 2006 niet meer arbeidsongeschikt was. In deze en overige gedingstukken zijn onvoldoende aanknopingspunten te vinden voor het oordeel dat het gedrag van appellant mogelijk werd bepaald door ziekte. Appellant heeft zelf ook geen enkel medisch gegeven overgelegd dat daarop wijst.

3.2.4. Onder deze omstandigheden is de Raad van oordeel dat niet is staande te houden dat de commandant bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het ontslag van appellant heeft kunnen besluiten. Ook voor dit deel slaagt het hoger beroep niet en dient de aangevallen uitspraak te worden bevestigd.

4. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

Als een militair bij de krijgsmacht wordt aangesteld, zal hij op grond van artikel 13, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) in beginsel worden aangewezen voor het volgen van een initiële opleiding. Deze opleiding heeft tot doel de militair de benodigde kennis en vaardigheid bij te brengen teneinde de eerste functie(s) waarvoor hij is bestemd te vervullen. Artikel 13, zesde lid, AMAR geeft twee gronden waarop de militair door de commandant operationeel commando uit de initiële opleiding kan worden ontheven:

a. indien hij niet voldoet aan de bij de opleiding gestelde eisen; of

b. indien ontheffing in het belang van de dienst of van de militair om andere redenen noodzakelijk is.

In artikel 39, tweede lid, aanhef en onder h, AMAR is bepaald dat aan de militair ontslag kan worden verleend wegens ontheffing van de initiële opleiding om reden dat hij niet voldoet aan de bij die opleiding gestelde eisen.

De Regeling opleidingen militairen (ROM) schrijft in artikel 5 voor dat het hoofd defensieonderdeel voor de onder hem ressorterende opleidingsinstellingen een opleidingsreglement vaststelt. Hiermee wordt onder andere invulling gegeven aan de eerste ontheffingsgrond van artikel 13, zesde lid, AMAR. Artikel 5, tweede lid, ROM schrijft dwingend een aantal elementen voor welke in het opleidingsreglement moeten zijn opgenomen. Gedacht kan worden aan de in deze zaak in een eerder stadium benutte mogelijkheden om, onder omstandigheden, de opleiding of een onderdeel daarvan te herhalen en om tijdens het volgen van de initiële opleiding een bestemmingswijziging te krijgen.

In het onderhavige geval is er sprake van een ontheffing uit de initiële opleiding welke gecombineerd wordt met een ontslag uit de militaire dienst. In een summier betoog accordeert de Raad het ontslag en lijkt het bevoegd gezag een ruime beleidsvrijheid toe te kennen als het gaat om de beoordeling van de vraag of een militair in kwestie uit een opleiding ontheven mag worden en, zo ja, of dit ontslag tot gevolg mag hebben. De rechter beantwoordt deze vragen ook bevestigend als het niet zozeer gestelde opleidingseisen betreft die niet gehaald worden, maar om wangedrag gaat waaruit kan worden afgeleid dat iemand niet als militair geschikt is (CRvB 28 augustus 2008, TAR 2009, 46; MRT 2009, p. 83, m.nt. G.L.C.).

Als een rechter het bevoegd gezag een ruime beleidsvrijheid toekent, betekent zulks niet dat de rechter alles maar toelaat. De ontheffing- en ontslagbeschikkingen dienen hoe dan ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te voldoen. Bij schending van deze beginselen zal de rechter ingrijpen. Een voorbeeld daarvan is als een getuige van mogelijk wangedrag niet in aanwezigheid van de vermoedelijke plegers wordt gehoord en het verslag van horen niet aan de betrokkenen ter beschikking wordt gesteld, terwijl het ontslag met name op die getuigenverklaring wordt gebaseerd (Pres. Rb 's-Gravenhage 9 februari 1994, TAR 1994, 95). Los van de procedurele waarborgen moet het bevoegd gezag in alle redelijkheid tot het bestreden besluit hebben kunnen komen. Het ontheffen en ontslaan van een verder goed functionerende cadet die eenmalig een negental bierblikjes steelt, dit bij ontdekking van het feit aangeeft en nota bene zelf bij zijn superieuren meldt, kan niet ontheven en ontslagen worden als zich in dezelfde periode vergelijkbare gevallen hebben voorgedaan waartegen geen (noemenswaardige) actie is ondernomen (CRvB 25 november 1994, TAR 1995, 85).

A.F.V.

Annotatoren:	R.B.B.	- Mr. R.V. Bloemsma-Bomhof
	C.	- Mr. Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr. G.L. Coolen
	M.M.D	- Mr. M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr. J.R.G. Jofriet
	N.J.	- Mr. N. Jörg
	J.v.K.	- Dr. J.G.F.M. van Kessel
	FK.O.	- Mr. F.A. Kooloos
	E.C.H.P.	- Mr. E.C.H. Pot
	A.M.R.W	- Mr. A.M. Rentema-Westerhof
	de R.	- Prof. mr. Th. A de Roos
	A.FV.	- Mr. A.F.Vink
	G.FW.	- Mr. G.F. Walgemoed

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden bij voorkeur aangeleverd per e-mail (JED.Voetelink@nlda.nl) als WORD-bestand. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

- Géén afbreekstreepjes gebruiken.
- Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.
- Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. gebruiken.
- Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen. Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr.A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr.J.E.D.Voetelink, Luitenant-kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. drs. M. Nooijen, MPA, Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. H. van Duijn, kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. E.P.J. Schelkers, Kapitein ter Zee van Administratie;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr J.C. Groenheijde; Hoofd Juridische Zaken Staf KMar;
voor de Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill,	Hoogleraar Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam en de Nederlandse Defensie Academie en tevens Universitair Hoofddo-cent Internationaal Publiekrecht aan de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel,	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Raadshere in het Hof 's-Hertogenbosch, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	NLDA/FMW/Sie recht, t.a.v. Luitenant-kolonel Voetelink, Postbus 90002, 4800 PA Breda

VASTE MEDEWERKERS:

Dr. J.G.F.M. van Kessel, Juridisch beleidsadviseur Bijzondere Regelingen Defensie van ABP.
Dr. J.P. Loof, universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.
Mr. B.P. Pieters Hoofd Afdeling Humanitair Oorlogsrecht van het Nederlandse Rode Kruis.
Dr. M.C. Zwanenburg, Sectie Internationale en Juridische Beleidsaangelegenheden.
Kol Mr. J. Wiersma, Directeur dienstencentrum Juridische Dienstverlening, Kolonel van de Militair Juridische Dienst’.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt zes keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt € 59,25. Men abonneert zich bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift, postbus 63, 2900 AB Capelle a/d IJssel, E-mail: mrt@atotzet.nl. Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de Klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,75. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift tegen de prijs van € 28,50-. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen drie presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift, postbus 63, 2900 AB Capelle a/d IJssel, E-mail: mrt@atotzet.nl.

Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mei 1903 verschenen onder de titel “Militaire Jurisprudentie”, wordt sedert juli 1905, met onderbreking van juli 1943 tot januari 1946, uitgegeven onder de titel “Militair Rechtelijk Tijdschrift”

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie