

LIN: BR6598, Hoge Raad , 09/03090Print uitspraak

Datum uitspraak:08-11-2011

Datum publicatie:08-11-2011

Rechtsgebied:Straf

Soort procedure:Cassatie

Inhoudsindicatie:OM-cassatie. Art. 8 en 9 (oud) wet Oorlogsstrafrecht. Bij de beoordeling van de gezagsverhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte als bedoeld in art. 9 (oud) wet Oorlogsstrafrecht heeft het Hof terecht aansluiting gezocht bij het internationale recht ter zake. Daarbij heeft het ook kunnen betrekken de doctrine van 'command responsibility'. Die doctrine is onder meer terug te vinden in art. 7.3 Statuut van het Joegoslaviëtribunaal en art. 6.3 Statuut Rwandatribunaal en de daarop betrekking hebbende rechtspraak; beide artikelen spreken in dat verband over het geval dat de meerdere "knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof". Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in de vorm van dergelijke 'command responsibility' is vereist dat de meerdere 'effective control' heeft over de ondergeschikte die de tenlastegelegde feiten heeft gepleegd. In dat verband wijst de HR op ICTY 30-6-2006, IT-03-68-T, waarin het Joegoslaviëtribunaal een beschouwing over deze begrippen heeft gegeven en factoren heeft genoemd die indicatief kunnen zijn voor het bestaan van 'effective control'. Het Hof heeft zijn oordeel dat geen bewijs voorhanden is waaruit volgt dat de verdachte uit hoofde van zijn functie de taak had om de afdeling onderzoek en verhoor te controleren, betrokken bij het uiteindelijke oordeel dat de verdachte niet daadwerkelijk in staat was om de tenlastegelegde feiten te voorkomen. Mede gelet op de door de HR genoemde factoren die bij de beoordeling van de gezagsverhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte in aanmerking kunnen worden genomen, geeft dat oordeel in zoverre geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk. Ook de feitelijke vaststellingen van het Hof dat het procesdossier onvoldoende informatie bevat voor de vaststelling dat de verdachte een zodanige positie had dat hij daadwerkelijk in staat was veranderingen aan te brengen in de structuur van de MID, dat gedetailleerde gegevens ontbreken t.a.v. de tijdstippen waarop de in de tenlastelegging genoemde misdrijven zijn gepleegd en dat gegevens ontbreken omtrent de bekendheid van de verdachte met details van voornoemde misdrijven, heeft het Hof zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk kunnen betrekken bij het uiteindelijke oordeel dat geen sprake was van 'effective control'.

/.

Vindplaats(en):Rechtspraak.nl

## Uitspraak

8 november 2011  
Strafkamer  
nr. 09/03090

Hoge Raad der Nederlanden

## Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 16 juli 2009, nummer 22/004581-07, in de strafzaak tegen:  
[Verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1950, ten tijde van de betekening van de aanzegging zonder bekende woon- of verblijfplaats hier te lande.

### 1. Geding in cassatie

Het beroep - dat kennelijk niet is gericht tegen de vrijspraak van het onder 1 tenlastegelegde - is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De raadsman van de verdachte, mr. G.G.J. Knoops, advocaat te Amsterdam, heeft het beroep tegengesproken.

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

### 2. Beoordeling van het middel

2.1. Het middel richt zich tegen de vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde.

2.2.1. Aan de verdachte is onder 2 tenlastegelegd dat:

"Leden van de militaire inlichtingendienst (de Khad-e-Nezami) in Afghanistan, in elk geval (een) perso(o)n(en), (allen) werkzaam voor en/of ondergeschikt aan de hierna te noemen verdachte [verdachte] (en zijn mededader(s))

Op een (of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 januari 1981 tot en met 1 januari 1987 te Kabul, althans in Afghanistan, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), althans alleen, (telkens) de wetten en gebruiken van de oorlog heeft/hebben geschonden

Terwijl dat feit/die feiten (telkens) zwaar lichamelijk letsel van (een) ander(en) tengevolge heeft gehad en/of

Terwijl dat feit/die feiten (telkens) geweldpleging met verenigde krachten tegen een (of meer) pers(o)n(en) dan wel geweldpleging tegen een zieke en/of gewonde

Hierin bestaande dat voornoemde leden van de militaire inlichtingendienst (de Khad-e-Nezami), in elk geval deze pers(o)n(en), (allen) werkzaam voor en/of ondergeschikt aan verdachte (en zijn mededader(s)) toen en aldaar in strijd met Het internationaal gewoonterecht en/of Het bepaalde in het "gemeenschappelijk" artikel 3 van de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949,

Als lid/leden van de militaire inlichtingendienst de Khad-e-Nezami van Afghanistan, althans als optredend voor het (geldend) openbare gezag, behorend tot één van de strijdende partijen in een (niet-internationaal) gewapend conflict op het grondgebied van Afghanistan

(meermalen) lichamelijke geweldpleging en/of verminking en/of wrede (onmenselijke) behandeling en/of marteling heeft/hebben gepleegd ten aanzien van één (of meer) pers(o)n(en) die (toen en aldaar) niet (meer) rechtstreeks aan de vijandelikheden deelnam(en) (te weten (een) burger(s) en/of zij die buiten gevecht waren gesteld door gevangenschap of andere oorzaak)

Te weten [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] (zoon van [betrokkene 1]) en/of (één of meer) anderen, welke lichamelijke geweldpleging en/of verminking en/of wrede (onmenselijke) behandeling en/of marteling onder meer hierin bestonden dat genoemde lid/leden, althans genoemde pers(o)n(en) tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen Op (één of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 december 1985 tot en met 1 maart 1986 in (of nabij) het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul, in ieder geval in Afghanistan

- meermalen, althans eenmaal (telkens)

[slachtoffer 1] tegen het scheenbeen en/of tegen het lichaam heeft/hebben geschopt en/of geslagen en/of

- meermalen, althans eenmaal (telkens) voornoemde [slachtoffer 1] dagen (en nachten) achtereen wakker heeft/hebben gehouden en/of voornoemde [slachtoffer 1] gedurende deze dag(en) (en nachten) gedwongen heeft/hebben om buiten te blijven staan terwijl het buiten koud was en/of

- meermalen, althans eenmaal (telkens) een of meer vinger(s) van voornoemde [slachtoffer 1] met kracht tussen een deur en het bij die deur behorende kozijn heeft/hebben gehouden, en of (vervolgens) met kracht voornoemde deur heeft/hebben dichtgegooid terwijl een of meer vinger(s) van voornoemde [slachtoffer 1] nog tussen voornoemde deur en voornoemd kozijn zat(en) en/of

- zonder verdoving een gedeelte van de vinger van voornoemde [slachtoffer 1] heeft/hebben afgeknipt en/of

Tengevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 1] pijn en/of (zwaar) lichamenlijk letsel heeft ondervonden en/of

Op (één of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 december 1985 tot en met 1 juni 1986 in (of nabij) het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul, in ieder geval in Afghanistan

- meermalen, althans eenmaal (telkens) één of meer

electriciteitsdra(a)d(en) heeft/hebben bevestigd aan de tenen, althans aan het lichaam van [slachtoffer 3] en (vervolgens) via voornoemde electriciteitsdra(a)d(en) stroom heeft/hebben toegediend aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 3] en/of

- meermalen, althans eenmaal (telkens) tegen het lichaam van voornoemde [slachtoffer 3] heeft/hebben geschopt en/of geslagen Tengevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 3] pijn en/of (zwaar) lichamelijk letsel heeft ondervonden en/of

Op (één of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 december 1985 tot en met 1 mei 1986 in (of nabij) het gebouw van de Khad-e-Nezami in Kabul, in ieder geval in Afghanistan

- meermalen, althans eenmaal (telkens) tegen het lichaam van [slachtoffer 2] heeft/hebben geschopt en/of getrapt en/of geslagen en/of gestompt en/of

- meermalen, althans eenmaal (telkens) voornoemde [slachtoffer 2] dagen (en nachten) achtereen wakker heeft/hebben gehouden en/of

- meermalen, althans eenmaal (telkens) één of meer electriciteitsdra(a)d(en) heeft/hebben bevestigd aan de tenen, althans aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2] en (vervolgens) via voornoemde electriciteitsdra(a)d(en) stroom heeft/hebben toegediend aan het lichaam van voornoemde [slachtoffer 2] en/of

- meermalen, althans eenmaal (telkens) voornoemde [slachtoffer 2] aan de voeten heeft/hebben opgehesen en/of vervolgens met (natte) takken, althans met een (hard) voorwerp tegen de (blote) voeten, althans tegen het lichaam van die [slachtoffer 2] heeft/hebben geslagen tengevolge waarvan voornoemde [slachtoffer 2] pijn en/of (zwaar) lichamelijk letsel heeft ondervonden

Ten aanzien van welke (vorenomschreven) lichamelijk geweldpleging(en), (waarvan tenminste één) zwaar lichamelijk letsel, althans lichamelijk letsel tengevolge hebbende, hij, verdachte [verdachte] op (een of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 januari 1981 tot en met 1 januari 1987 in Afghanistan meermalen, althans eenmaal (telkens) opzettelijk heeft toegelaten dat (een) aan hem, verdachte onder(ge)schikte(n) deze heeft/hebben begaan,

Te weten dat hij, verdachte (en zijn mededader(s)) geen en/of onvoldoende maatregelen heeft genomen om deze lichamelijk geweldpleging(en) en/of zwaar lichamelijk letsel, althans lichamelijk letsel te voorkomen en/of de ondergeschikte(n) verantwoordelijke(n) te bestraffen."

2.2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde. Het Hof heeft daartoe - met inbegrip van hier niet overgenomen voetnoten - onder meer het volgende overwogen:

"7.2 'Command responsibility'

130. De verdediging heeft zich op het standpunt gesteld dat de verdachte dient te worden vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde. Daartoe wordt, zakelijk weergegeven, aangevoerd dat artikel 9 WOS duidt op een formele gezagsrelatie of bevelsstructuur tussen meerdere en ondergeschikte en niet ook op een relatie in feitelijke zin. De verdachte stond evenwel niet in een formele

bevelsrelatie tot de personen van de afdeling verhoor en ondervraging c.q. de verhoorders zelf. Deze (formele) bevelsstructuur werd bovendien doorkruist door Russische adviseurs. Ook wordt betwist dat er sprake was van zogeheten 'effective control' van de verdachte over de verhoorders. Daarnaast wordt een beperkt opzetbegrip bepleit. Tot slot betoogt de verdediging dat artikel

9 WOS alleen spreekt over 'hij die opzettelijk toelaat' en dus niet strafbaar stelt het nalaten een ondergeschikte te bestraffen, zoals aan de verdachte ook is tenlastegelegd. Voor dit laatste element in de tenlastelegging zal dus ontslag van alle rechtsvervolging moeten volgen, aldus de verdediging.

131. Het hof stelt allereerst vast dat het openbaar ministerie bij de toepasbaarheid van artikel 9 WOS uitgaat van de stelling, dat voldoende uit de wetsgeschiedenis terzake van de Wet Oorlogsstrafrecht kan blijken, dat zowel de formele (de jure), als de feitelijke (de facto) gezagsverhouding de relatie 'meerdere - ondergeschikte' kan bepalen. Voorts bepleit het openbaar ministerie aansluiting te zoeken bij het internationale recht, waar het gaat om de invulling van 'effective control' en 'actual or reasonable knowledge'. Ten aanzien van die wetenschap, de zogeheten mens rea, stelt het openbaar ministerie zich op het standpunt, dat het Nederlands opzetbegrip toepasselijk is, inclusief voorwaardelijk opzet.

Tenslotte heeft het openbaar ministerie zich verenigd met de stelling van de verdediging dat voor het element 'nalaten een ondergeschikte te bestraffen' ontslag van rechtsvervolging moet volgen.

#### 7.2.1 De reikwijdte van artikel 9 WOS

132. De verdachte is onder feit 2 van de tenlastelegging het misdrijf van artikel 9 in verbinding met artikel 8 WOS tenlastegelegd.

De delictomschrijving van artikel 9 WOS luidde -als eerder weergegeven- ten tijde van de tenlastelegging als volgt:

"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."

De delictomschrijving van artikel 8 WOS is hierboven in § 5.1 van dit arrest reeds opgenomen.

Het juridisch beoordelingskader voor feit 2 van de tenlastelegging bestaat uit de bestanddelen van de artikelen 8 en 9 WOS. Gelet op het verweer door de verdediging gevoerd, liggen primair de bestanddelen 'een aan hem ondergeschikte' en 'opzet' ter bespreking voor. Indien het bestaan van een relatie van ondergeschiktheid niet kan worden aangetoond, komt het hof evenwel aan de beoordeling van het vereiste opzetbegrip niet meer toe. Daarom behoeft bedoelde gezagsrelatie tussen de meerdere en zijn ondergeschikte eerst bespreking. Het hof stelt hier voorts met de verdediging en het openbaar ministerie vast dat de delictomschrijving van artikel 9 WOS slechts spreekt over 'hij die opzettelijk toelaat' en, anders dan elders in het internationaal recht, derhalve niet strafbaar stelt het nalaten een ondergeschikte te bestraffen.

133. Bewezen zal moeten worden dat 'een ondergeschikte' zich schuldig heeft gemaakt aan feiten als bedoeld in artikel 8 WOS. Er dient, met andere woorden, een relatie van ondergeschiktheid tussen de feitelijke dader(s) van de geweldplegingen en de in artikel 9 WOS bedoelde meerdere te bestaan. Onder die relatie vallen in ieder geval personen die men onder zijn bevel heeft; men behoort toe te zien op hun gedrag en men is als meerdere gehouden bepaalde gedragingen te voorkomen en te corrigeren, indien nodig. Uit de Memorie van Toelichting op de WOS blijkt, dat de strekking van artikel 9 WOS overeenkomt met die, zoals opgenomen in het 3e lid van artikel 27a van het Besluit Buitengewoon Strafrecht (BBS), dat op zijn beurt ontleend is aan het 2e lid van artikel 91 van het Wetboek van Militair Strafrecht, dat is komen te vervallen door de inwerkingtreding van artikel 9 WOS. Het BBS heeft betrekking op misdrijven "gedurende den tijd van den huidigen oorlog begaan". Artikel 27a BBS betreft de verhouding meerdere - mindere en luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

"1. Hij die gedurende den tijd van den huidigen oorlog in krijgs-, staats-, of publieken dienst bij of van den vijand zich schuldig maakt aan eenig oorlogsmisdrijf of eenig misdrijf tegen de menscheit als bedoeld in artikel 6 onder (b) of (c) van het handvest, behorende bij de overeenkomst van Londen van 8 augustus 1945 [...] wordt, indien zoodanig misdrijf tevens bevat bestanddeelen van een strafbaar feit waarop dit Besluit of het Wetboek van Militair Strafrecht van toepassing is, gestraft met de daarop gestelde straf.

(...)

3. Met gelijke straf als bedoeld in het eerste en tweede lid wordt gestraft de meerdere, die opzettelijk toelaat, dat een zijner minderen zich aan een zoodanig misdrijf schuldig maakt."

134. Voormelde bepaling, die voorzigt in een lacune in de rechtsmacht van Nederland ten aanzien van buitenlandse militairen die hadden gehandeld binnen het bereik van hun formele bevoegdheden, houdt een mengvorm in van toepassing van nationale en internationale normen. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van artikel 27a BBS blijkt voorts dat de verhouding van meerdere tot mindere in de zin van de bepaling niet alleen betrekking heeft op militaire verhoudingen, doch in verband met het bepaalde in het eerste lid ook op iedere vorm van ondergeschiktheid in staat- of publieke dienst. Gelet hierop is het hof van oordeel, anders dan de verdediging, dat ook de latere wetgever, in het kader van artikel 9 WOS naast een formele militaire bevelsstructuur de mogelijkheid heeft opengelaten voor een op andere basis gestoelde gezagsrelatie.

7.2.2 De verhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte in internationale context

135. Het vorenstaande leidt het hof tot de conclusie dat waar het gaat om de beoordeling van de gezagsrelatie tussen de meerdere en zijn ondergeschikte, bij de invulling van het bestanddeel 'ondergeschikte' in artikel 9 WOS, sprake moet zijn van een hiërarchische verhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte. Daarbij dient zowel gekeken te worden naar de op wetten en besluiten gebaseerde hiërarchische verhoudingen binnen de organisatie waarin

6.

zij werkzaam zijn, de zogeheten de jure verhouding, als naar de meer feitelijke gezagsverhouding, de zogeheten de facto verhouding, tussen de meerdere en zijn ondergeschikte. Voorts moet de meerdere op grond van deze hiërarchische verhouding feitelijk de mogelijkheid hebben in te grijpen wanneer zijn ondergeschikte zich misdraagt, althans strafbare feiten pleegt als bedoeld in artikel 8 WOS.

136. Bij de verdere juridische invulling van de gezagsverhouding meerdere - ondergeschikte heeft het hof aansluiting gezocht bij het internationaal oorlogsrecht, niet alleen bij het geschreven recht zoals dat in internationale overeenkomsten is neergelegd, maar ook bij het internationaal gewoonterecht, voor zover op oorlog betrekking hebbende. In verband hiermee kan worden verwezen naar de eerdergenoemde doctrine van de 'command responsibility' die, onder andere, is terug te vinden in eerderevermeld artikel 7 derde lid van het ICTY Statuut en artikel 6 derde lid van het ICTR Statuut, alsmede naar de uitspraken van locale rechtbanken en de ad hoc tribunalen in dit verband.

137. Het hof wijdt hieronder enige algemene overwegingen aan het leerstuk van de 'command responsibility', alvorens te dien aanzien in de onderhavige zaak tot een conclusie te komen.

138. Teneinde als meerdere strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor opzettelijk toelaten (het niet ingrijpen daaronder begrepen) van de tenlastegelegde misdrijven door ondergeschikten gepleegd, moet de meerdere, zoals hiervoor reeds werd overwogen, in een hiërarchische relatie staan of hebben gestaan, middellijk of onmiddellijk, tot degenen die de tenlastegelegde martelingen, geweldplegingen feitelijk hebben gepleegd. Het kan hierbij als gezegd gaan om een zogeheten de jure of een de facto gezagsrelatie.

139. Een de jure gezagsrelatie tussen de meerdere en de ondergeschikte vindt haar formele (be)vestiging in wet of besluit. De de jure bevoegdheden kunnen zowel schriftelijk als mondeling toegekend worden. Het enkele feit dat een verdachte een hogere rang of positie heeft in een hiërarchische (militaire) organisatie, wil overigens op zichzelf niet zeggen dat hij ook de jure van ieder, lager in rang, meerdere is, indien zijn positie niet tevens gepaard gaat met de materiële bevoegdheden en autoriteit die normaal gesproken aan die positie verbonden zijn. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid is het derhalve noodzakelijk om naar de effectieve uitoefening van die bevoegdheden of macht te kijken en niet strikt naar de formele titel. Het gaat daarbij om 'actual authority or control' zoals die door de meerdere wordt uitgeoefend.

140. Een de facto gezagsrelatie kan worden gedefinieerd als een relatie waarbij de ene partij -de meerdere- genoeg autoriteit of gezag heeft over een of meer andere personen om hen te beletten om misdaden te begaan (of om hen nadien daarvoor te bestraffen). Het betreft hier een feitelijke gezagsrelatie, die niet gebaseerd is op (interne) wet- en regelgeving. Wil er sprake zijn van een de facto gezag dan moet er zowel aan de kant van de meerdere de verwachting van gehoorzaamheid aan zijn bevelen zijn als een parallelle verwachting van ondergeschiktheid aan zijn gezag aan de kant van diegenen die onder dat gezag vallen.

141. Niet alleen moet de meerdere in dezelfde gezagsketen staan als de feitelijke plegers van de onderliggende schendingen van het humanitaire recht, ook moet die meerdere in die keten verticaal boven de daders staan. De kwalificatie meerdere is niet een theoretisch concept dat iedere meerdere in de gezagslijn treft, het betreft slechts de meerdere die een individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft met betrekking tot de daders van de desbetreffende handelingen, aangezien deze laatsten, omdat zij zijn ondergeschikten zijn, onder zijn feitelijke controle of zeggenschap staan. De plaats van de meerdere in de hiërarchie kan voorts evident relevant zijn om de aard en de reikwijdte van zijn plichten vast te stellen en om te bezien of hij deze plichten is nagekomen nadat hij bekend is geworden met het begaan of het mogelijk begaan van misdaden door zijn ondergeschikten. Als in de hiërarchische structuur de gezagsketen wordt verbroken, kan de meerdere in beginsel niet aansprakelijk worden gehouden voor misdaden door individuen gepleegd, tenzij de meerdere desondanks 'effective control' had, middellijk of onmiddellijk, over het handelen van de daders. De posities van de meerdere en van de daders in de gezagsketen kunnen ook relevant zijn om vast te stellen of de meerdere het tweede vereiste van mens rea had. Of de meerdere wetenschap had van (op handen zijnde) misdaden door zijn ondergeschikten, is moeilijker vast te stellen naar mate de meerdere op grotere afstand stond van de daders, zowel fysiek als hiërarchisch in de gezagsketen.

142. Niet slechts moet vaststaan dat er sprake is van een de jure of de facto positie van autoriteit, voorts moet buiten redelijke twijfel komen vast te staan dat op het relevante tijdstip, te weten het tijdstip waarop of de periode waarin de onderliggende misdrijven zijn/zouden worden gepleegd, de meerdere daadwerkelijk in een positie was om zogeheten 'effective control', ofwel feitelijke controle of gezag uit te oefenen over de ondergeschikten die de onderliggende (tenlastegelegde) schendingen van internationaal humanitair recht hebben begaan en dat hij naliet zulks te doen. Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere betekent dit dat hij de concrete mogelijkheid moet hebben gehad om -voorzover in casu van belang- de misdrijven te voorkomen. Immers: "where there is no 'effective control', there is no 'superior responsibility'". Het is derhalve de macht en de autoriteit van de meerdere om de daden van zijn ondergeschikten te beheersen en daarop toezicht te houden ("to control"), die de basis vormt van de doctrine van 'command responsibility'.

Deze meerdere-aansprakelijkheid geldt bovendien voor misdaden gepleegd door individuen die formeel niet zijn (directe) ondergeschikten zijn, mits hij 'effective control' over hen heeft uitgeoefend.

143. Het vereiste van 'effective control' benadrukt bovendien het feit dat een persoon die formeel benoemd is om bevel te voeren of leiding te geven over/aan anderen, doch in de praktijk niet in staat is zijn gezag uit te oefenen, niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor misdaden die begaan zijn door personen die weliswaar formeel maar niet effectief onder zijn autoriteit stonden.



'Effective control' drukt een feitelijke, wezenlijke, doeltreffende of operationele gezagsrelatie uit. De ene kant beveelt en de andere kant gehoorzaamt. Bij iedere relatie die niet aan die standaard voldoet, bijvoorbeeld als de een de ander moet overtuigen of moet vragen om op een bepaalde manier te handelen, is er in de doctrine van 'command responsibility' geen sprake van 'effective control'. Het gaat om de afdwingbare macht om misdaden van ondergeschikten te voorkomen (en te bestraffen).

144. 'Effective control' houdt voorts een minimum drempel van toezicht in beneden welke geen strafrechtelijke aansprakelijkheid overeenkomstig de doctrine van 'command responsibility' kan worden aangenomen.

De ICTY Trial Chamber in de zaak Halilovic overwoog hierover, voor zover relevant, als volgt:

"a degree of control which falls short of the threshold of 'effective control' is insufficient for liability to attach under Article 7(3). "Substantial influence" over subordinates which does not meet the threshold of 'effective control' is not sufficient under customary law to serve as a means of exercising command responsibility and, therefore, to impose criminal liability."

#### 7.2.3 Feitelijke vaststellingen door het hof

145. Zoals hiervoor reeds is overwogen neemt het hof als vaststaand aan, dat het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor van de MID, [betrokkene 2], zich samen met anderen schuldig heeft gemaakt aan lichamelijke geweldpleging, wrede en onmenselijke behandeling en marteling van [slachtoffer 1]. Het hof stelt voorts met de rechtbank vast dat [betrokkene 2] hierin is bijgestaan door personen werkzaam bij de afdeling onderzoek en verhoor althans bij de Afghaanse militaire veiligheidsdienst. Het hof neemt onder verwijzing naar hetgeen daaromtrent eerder werd overwogen tevens als vaststaand aan dat ook jegens [slachtoffer 3] in de tenlastegelegde periode gekwalificeerd geweld is gepleegd door medewerkers van de MID. In dit verband overweegt het hof dat uit de processtukken voorts voldoende aannemelijk is geworden dat er bij de MID (veelvuldig) gemarteld werd, hetgeen ook door de verdachte, die stelt eerder ook terechtzitting in eerste aanleg niet wordt ontkend. Het hof betreft bij die beoordeling onder meer het ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken inzake Staatsveiligheidsdiensten d.d. 29 februari 2000, het rapport van Amnesty International uit 1986, het rapport van de deskundige dr. A. Giustozzi van 31 augustus 2005, en diens verklaring al getuigedeskundige, alsmede de verklaringen van diverse getuigen, in onderling verband en samenhang bezien.

146. Voorts stelt het hof, eveneens zonder nadere beproeving, met de rechtbank vast dat binnen de MID het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor ([betrokkene 2]) de meerdere was van de medewerkers van die afdeling en dat het hoofd van de MID ([betrokkene 3]) de meerdere was van het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor. Tenslotte kan, gelet op de verklaring van [betrokkene 3] alsmede op de verklaring van de verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg dat hij ten tijde van de regering van Najibullah naar Kunduz is overgeplaatst, worden vastgesteld dat de verdachte in ieder geval

ten tijde van de onder 2 tenlastegelegde feiten, een van de plaatsvervangers van het hoofd van de MID in Kabul is geweest.

147. Het hof neemt bovendien als vaststaand aan dat de verdachte en het hoofd van de afdeling verhoor en onderzoek, [betrokkene 2], in de tenlastegelegde periode kantoor hielden in hetzelfde gebouw van de MID in Kabul en dat hun kamers naast elkaar gelegen waren op de eerste verdieping van het gebouw. Het gebouw lag samen met nog twee andere gebouwen en bijbehorende opstallen op een compound. Tenslotte stelt het hof vast dat de verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg heeft bevestigd dat de gevangenen na arrestatie voor verhoor naar dit complex werden overgebracht.

148. Tegen het licht van het hiervoor geschetste beoordelingskader dient verdere invulling te worden gegeven aan de positie en verantwoordelijkheid van [betrokkene 2] en zijn verhoorders enerzijds en de verdachte als (tweede) plaatsvervanger van het hoofd van de MID anderzijds. Het hof heeft ter beoordeling van (de verhouding tussen) die posities gelet op de inhoud van het procesdossier, waaronder een groot aantal getuigenverklaringen en verdere stukken van overtuiging, alsmede op het verhandelde ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep. Allereerst moet worden gezien of er sprake was van een de jure of de facto meerdere - ondergeschikte gezagsverhouding tussen de verdachte enerzijds en [betrokkene 2] en zijn verhoorders als plegers van de litigieuze marteling/geweldpleging anderzijds. Het hof zal aansluitend de vraag dienen te beantwoorden in hoeverre de verdachte daadwerkelijk 'effective control' had over de ondergeschikten die die feiten hadden gepleegd. De ter beantwoording van deze vragen gebruikte getuigenverklaringen, voor zover relevant, zijn zakelijk weergegeven.

a. Gezagsverhouding

149. De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg verklaard dat in de tenlastegelegde periode [betrokkene 3] directeur (hof: Rais) van de MID in Kabul was en dat hij zijn tweede plaatsvervanger was, alsmede hoofd/directeur (hof: Modir) van de afdeling inlichtingen van deze organisatie. Hij heeft voorts verklaard dat hij eerst de rang van kolonel had en later die van generaal en dat hij hoger in rang stond dan het hoofd van de afdeling onderzoek/verhoor, [betrokkene 2].

i. De getuige [betrokkene 3]

150. [Betrokkene 3], die in de tenlastegelegde periode werkzaam was als hoofd van de Militaire Khad, heeft, als verdachte gehoord in de zaak RL 5051, niet over de verdachte gesproken. In de zaak tegen de verdachte is [betrokkene 3] op 7 februari 2007 als getuige gehoord door de rechter-commissaris. In het kader van dit verhoor heeft [betrokkene 3] onder meer verklaard dat de verdachte één van zijn plaatsvervangers was. De verdachte was belast met de veiligheidstaken binnen het leger en hij verzamelde inlichtingen binnen de legereenheden. [Betrokkene 3] verklaarde voorts dat hij opdrachten aan de verdachte gaf die te maken hadden met de veiligheid in het leger en dat hij altijd vergaderde met zijn plaatsvervangers waarbij gezamenlijk over de zaken werd gesproken. Voorts verklaarde [betrokkene 3] dat het niet tot de taken van de

verdachte behoorde om gevangenen te verhoren.

Hij verklaarde tenslotte dat het wel zou kunnen dat de verdachte bij verhooruimtes is langs geweest voor controle maar dat hij dit de verdachte nooit heeft zien doen en hem daartoe ook nimmer opdracht heeft gegeven.

ii. De getuige [betrokkene 2]

151. De getuige [betrokkene 2] heeft in de zaak tegen de verdachte een uitvoerige verklaring afgelegd tegenover de rechter-commissaris op 10 en 11 maart 2008. Hij verklaarde dat [betrokkene 3], de Rais, zijn directe baas was binnen de MID en dat hij met betrekking tot verhoren van arrestanten en de voortgang van de dossiers verantwoording aan hem aflegde. De Rais had de bevoegdheid om bij het verhoor aanwezig te zijn. Hij heeft verder verklaard dat de verdachte, die hij kent vanaf 27 december 1979 toen de verdachte bij de MID kwam werken, tweede plaatsvervanger van [betrokkene 3] was. Hij verklaarde voorts dat alle plaatsvervangers boven hem stonden. Met betrekking tot de taakomschrijving van de tweede plaatsvervanger heeft [betrokkene 2] verklaard dat de taakverdeling tussen de plaatsvervangers werd bepaald door de Rais, [betrokkene 3], waarbij de eerste plaatsvervanger meer bevoegdheden had dan de anderen. Als [betrokkene 3] er niet was, dan verving de eerste plaatsvervanger hem. Als beiden er niet waren, dan zou de Rais een persoon aanwijzen als zijn plaatsvervanger in zijn afwezigheid. Als de Rais er niet was, dan mocht de eerste plaatsvervanger instructies of een taak aan hem, [betrokkene 2], geven. Dit, omdat hij de plaatsvervanger van de Rais was. Een wettelijke opdracht van de plaatsvervanger zou hij moeten opvolgen. De plaatsvervanger had de bevoegdheid om hem opdracht te geven martelingen uit te zoeken of te stoppen, aldus de getuige. De getuige heeft de verdachte beschreven als een plaatsvervanger met goede eigenschappen.

iii. De getuige [betrokkene 4]

152. De getuige [betrokkene 4] heeft op 31 januari 2008 tegenover de rechter-commissaris verklaard dat hij in de tenlastegelegde periode werkzaam was bij de MID onder meer als medewerker bij de afdeling verhoor en onderzoek. Hij verklaarde verder dat [betrokkene 3] in 1983 werd aangesteld als directeur en dat de verdachte vanaf 1983 of 1984 tot 1986 of 1987 tweede plaatsvervanger was. Hij gaf voorts aan dat binnen de MID sprake was van een hiërarchie tussen de plaatsvervangers. In militaire opzichten mocht de verdachte bevel geven aan [betrokkene 2] omdat hij in rang een positie hoger was. Hij verklaarde bovendien dat verdachte zich eventueel met verhoren kon bemoeien indien de directeur hem instructies zou hebben gegeven of indien hij een overleg met een adviseur of officier van justitie zou hebben gehad. [betrokkene 4] verklaarde tenslotte dat hij gezien had dat de verdachte soms één of twee keer per week het kantoor van zijn Modir, [betrokkene 2], binnenging.

iv. De getuige [betrokkene 5]

153. De getuige [betrokkene 5], die in de periode tussen 1980 en 1985 als officier van justitie in Afghanistan werkzaam was en belast was met de naleving van de wet, heeft op 6 februari 2007 tegenover de rechter-commissaris verklaard dat hij gedurende het eerste jaar van zijn werkzaamheden toezicht hield op de Khad.

Tijdens dit eerste jaar werd de verdachte tot plaatsvervangend directeur van de MID benoemd. Hij verklaarde voorts dat [betrokkene 3] directeur was, dat de verdachte hoger in rang stond dan [betrokkene 2], dat [betrokkene 2] hoofd was van de afdeling verhoren en dat die afdeling onder de bevoegdheid van de verdachte viel. Het hof overweegt dat dit laatste geen steun vindt in enige andere verklaring.

v. De getuige [betrokkene 6]

154. In zijn verklaring bij de rechter-commissaris van 7 mei 2007 heeft de getuige [betrokkene 6], die volgens zijn verklaring toezicht hield op de opsporingsorganen van de Staatsveiligheidsdienst, waaronder de MID, aangegeven dat hij de verdachte kende en dat deze in zijn positie, volgens de wet, verhoren van de afdeling verhoor en onderzoek mocht bijwonen. Hij verklaarde voorts dat [betrokkene 2] hoofd van die afdeling was.

vi. De getuige [betrokkene 7]

155. De getuige [betrokkene 7] heeft op 6 september 2006 tegenover de politie een verklaring afgelegd. In die verklaring heeft hij aangegeven dat hijzelf Modir was bij de MID en dat de verdachte plaatsvervanger was bij de MID. Hij heeft verder verklaard dat het hoofd van de MID, diens plaatsvervanger en het hoofd van de afdeling verhoor in een driehoeksoverleg de dossiers met bewijsmateriaal over personen die propaganda maakten en daarmee het personeel van de eenheid ontmoedigden, coördineerden. Zij bespraken ook te nemen maatregelen, zoals het arresteren van de persoon in kwestie. [Betrokkene 7] verklaarde voorts dat de plaatsvervangers, wettelijk gezien, de arrestatiebevelen moesten tekenen als [betrokkene 3] er niet was en dat de plaatsvervangers en het hoofd van de afdeling verhoor nauw samenwerkten. Het hoofd van de afdeling verhoor stelde het hoofd van de MID en zijn plaatsvervanger op de hoogte van de vorderingen van het verhoor van een arrestant. [betrokkene 7] heeft aansluitend volhard in zijn, door tussenkomst van een tolk, afgelegde verklaring en hem ondertekend. [Betrokkene 7] is nadien op 7 februari 2008 door de rechter-commissaris gehoord. De rechter-commissaris heeft dit verhoor voortijdig beëindigd omdat hij de getuige geestelijk niet in staat achtte om een verklaring af te leggen. In zoverre is ook de verdediging niet (meer) in de gelegenheid geweest deze getuige vragen te (doen) stellen en zodoende zijn verdedigingsrechten uit te oefenen. Nu de eerdere verklaring van [betrokkene 7], op relevante onderdelen, ondersteuning vindt in de andere hier aangehaalde getuigenverklaringen, acht het hof die verklaring desondanks bruikbaar voor het bewijs.

vii. De getuige [betrokkene 8]

156. Met betrekking tot de door het openbaar ministerie in dit verband aangehaalde verklaring van de getuige [betrokkene 8] merkt het hof het volgende op. De getuige [betrokkene 8] is op 20 mei 2008 door de politie en op 26 en 27 juli 2008 door de rechter-commissaris gehoord. Hij verklaarde dat hij de opvolger van [betrokkene 3] als directeur van de MID was in de periode tussen 1370 en 1371 (het hof begrijpt: tussen 1991 - 1992). [betrokkene 8] heeft tegenover de politie uitvoerig verklaard over de functie en verantwoordelijkheden

van de verdachte als eerste plaatsvervanger. Tegenover de rechter-commissaris heeft [betrokkene 8] verklaard dat hij zich tijdens het eerdere gesprek met de Nederlandse politie heeft vergist in de functie van de verdachte en dat, anders dan zijn eerdere verklaring, de verdachte tweede plaatsvervanger van de directeur van de MID was. Voorts heeft [betrokkene 8] verklaard dat hij niet gelijktijdig met de verdachte werkzaam was bij de MID in Kabul. In de periode waarin de verdachte bij de MID werkzaam was, werkte [betrokkene 8] buiten Kabul en op het moment dat [betrokkene 8] directeur werd van de MID in Kabul was de verdachte reeds vertrokken. In antwoord op de vraag welke taken een tweede plaatsvervanger had, heeft [betrokkene 8] verklaard dat hij dat niet nauwkeurig kan aangeven. Gelet op de inhoud van de laatste verklaring, alsmede op het feit dat de (eerste) verklaring van de getuige voor zover deze betrekking heeft op de functie en verantwoordelijkheden van de verdachte als eerste plaatsvervanger geen steun vindt in andere bewijsmiddelen, gaat het hof aan dit onderdeel van die eerste verklaring voorbij.

157. Voormelde verklaringen, in onderlinge samenhang bezien, leiden het hof tot de volgende beschouwingen. Het hof constateert dat de getuige [betrokkene 3] in grote lijnen bevestigt hetgeen de verdachte over zijn taken heeft verklaard. Anders dan door de verdachte eerst ter terechtzitting in hoger beroep is verklaard, heeft [betrokkene 3] niet verklaard dat die taken veelvuldig afwezigheid van de verdachte uit Kabul met zich meebrachten. Voorts heeft de getuige [betrokkene 3] weinig inzicht gegeven in de taken en verantwoordelijkheden van de verdachte en daarmee in de werkelijke verhouding tussen de verdachte en het hoofd van de afdeling verhoor en onderzoek, [betrokkene 2], ofschoon hij anderzijds niet heeft kunnen uitsluiten dat de verdachte voor controle bij de verhoorkamers is langs geweest, hetgeen erop zou kunnen wijzen dat dit (mede) tot zijn verantwoordelijkheden behoorde. Dit laatste volgt ook meer expliciet uit de verklaring van de getuige [betrokkene 4], onder andere inhoudende dat de hoger in rang geplaatste verdachte in militair opzicht aan het hoofd van de afdeling verhoor bevelen mocht geven en zich tevens met de verhoren mocht bemoeien. Het meest expliciet is evenwel het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor zelf, de getuige [betrokkene 2], volgens wie de verdachte als plaatsvervanger hiërarchisch boven hem stond en een wettelijke opdracht van de plaatsvervanger door hem, [betrokkene 2], moest worden opgevolgd. Deze verklaring vindt verder steun in de verklaringen van de getuige [betrokkene 5], inhoudende dat de afdeling verhoor en ondervraging onder de bevoegdheid van de verdachte viel, alsmede van de getuige [betrokkene 6], volgens wie de verdachte in zijn positie volgens de wet verhoren mocht bijwonen en, in soortgelijke zin, de getuige [betrokkene 7], die heeft verklaard dat het hoofd van de MID, diens plaatsvervanger en het hoofd van de afdeling verhoor een driehoeksoverleg hadden en dat de plaatsvervangers en het hoofd van de afdeling verhoor nauw samenwerkten.

158. Als medewerkers en daarmee ondergeschikten van [betrokkene 2], voor zover die zich schuldig zouden hebben gemaakt aan schendingen

van internationaal humanitair recht, worden door diverse getuigen meer specifiek de volgende personen genoemd. [slachtoffer 1] noemt in zijn eerdergenoemde verklaring in de zaak RL5051 een zekere [betrokkene 9] als een van de verhoorders die hem hebben geschopt en geslagen. De getuige [betrokkene 10] heeft tegenover de rechter-commissaris op 28 februari 2007 en eerder op 3 februari 2005 tegenover de politie in de zaak RL5051 verklaard tijdens zijn verhoor bij de MID gewond te zijn geraakt door toedoen van een zekere [betrokkene 11]. Ook de getuige [betrokkene 12] heeft tegenover de rechter-commissaris een zekere [betrokkene 13] genoemd als een van zijn verhoorders, en voorts de namen [betrokkene 14 t/m 18] genoemd als verhoorders. Getuige [betrokkene 18] was volgens zijn eigen verklaring tegenover de politie op 10 oktober 2006 in de periode tussen 1981 en 1991 werkzaam bij de MID, aanvankelijk als secretaris van de jongerenorganisatie en later als hoofd van de afdeling propaganda. Andere getuigen, onder wie [betrokkene 2] - in zijn verklaring van 7 december 2004 -, verklaren dat [betrokkene 18] één van de verhoorders was die onder de verantwoordelijkheid van [betrokkene 2] werkzaam waren. Dit laatste wordt ondersteund door de verklaring van [betrokkene 19] tegenover de politie van 25 mei 2006, inhoudende dat hij door [betrokkene 18] is geslagen en geschopt nadat hij werd gearresteerd op 26 Ghaus 1364 (hof: 17 december 1985). De getuige [betrokkene 20] noemt in zijn verklaring bij de politie van 7 juli 2006 voorts de naam van een zekere [betrokkene 21].

159. Bij deze stand van zaken acht het hof, voorgaande verklaringen in samenhang bezien, boven redelijke twijfel verheven dat er in de tenlastegelegde periode een de jure gezagsrelatie bestond tussen de verdachte als meerdere enerzijds en het hoofd van de afdeling [betrokkene 2] en zijn medewerkers anderzijds.

b. 'Effective control', bevoegdheid en taak

160. Thans ligt ter beoordeling voor de vraag of de verdachte 'effective control' had. Met andere woorden: had de verdachte feitelijke zeggenschap over de ondergeschikten die de tenlastegelegde misdaden hebben gepleegd? Met inachtneming van hetgeen hierover reeds is overwogen acht het hof voor het vaststellen van 'effective control' de navolgende vragen relevant:

1. Wat was de feitelijke relatie tussen de verdachte en [betrokkene 2] en zijn verhoorders als ondergeschikten?

2. Had de verdachte zeggenschap over hen voorafgaande en ten tijde van de gepleegde strafbare feiten en, zo ja, had hij de materiële mogelijkheid om de misdaden te voorkomen (of de daders te bestraffen)?

161. Het hof benadrukt dat vaststelling van 'effective control' slechts kan geschieden met inachtneming van de tijdstippen waarop de onderliggende strafbare feiten zijn gepleegd. Er moet immers 'effective control' zijn ten tijde van de door de ondergeschikten gepleegde strafbare feiten in casu -gelet op de door [slachtoffer 1] en [slachtoffer 3] genoemde detentieperiode- in de periode van 1 december 1985 tot en met 1 juni 1986.

162. De verdachte heeft als getuige in de zaak RL 5051 tegen [betrokkene 3] en [betrokkene 2] op 8 september 2005 tegenover de

rechter-commissaris onder meer verklaard dat hij weliswaar in hetzelfde gebouw kantoor hield als [betrokkene 2] maar geen inhoudelijke contacten met hem had. Ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep heeft de verdachte verklaard dat er tussen [betrokkene 2] en hem geen zakelijke relatie bestond, dat de taken van [betrokkene 2] niet tot die van hem behoorden en dat hij niet de taak had om [betrokkene 2] in de gaten te houden.

163. Dat de verdachte de bevoegdheid had om [betrokkene 2] te controleren, zoals ook de rechtbank heeft vastgesteld, kan naar het oordeel van het hof uit de hierboven genoemde getuigenverklaringen worden opgemaakt. Omtrent het vraagpunt van de 'effective control' acht het hof de volgende getuigenverklaringen van belang, voor zover hier zakelijk weergegeven.

i. De getuige [betrokkene 2]

164. De getuige [betrokkene 2] heeft in zijn eerdergenoemde verhoor tegenover de rechter-commissaris van 10 en 11 maart 2008 verklaard dat hij in zijn werk met de verdachte te maken had. Volgens hem stond de verdachte als plaatsvervanger boven hem en werden alle brieven naar andere instanties getekend door de Rais (het hof begrijpt: [betrokkene 3]) of diens plaatsvervangers. Als de Rais er niet was, mocht de plaatsvervanger hem instructies of een taak geven. In geval van problemen legde hij deze voor aan de plaatsvervanger.

Hij verklaarde voorts dat de plaatsvervanger de bevoegdheid had om hem opdracht te geven martelingen uit te zoeken of te stoppen. Daar staat tegenover dat [betrokkene 2] niets heeft verklaard dat erop wijst dat hij ooit van de verdachte enige opdracht heeft gekregen in het kader van zijn werkzaamheden als hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor, hetgeen een contra-indicatie is voor 'effective control'.

ii. De getuige [betrokkene 7]

165. Op 6 september 2006 heeft [betrokkene 7], als gezegd, verklaard dat het hoofd van de MID, diens plaatsvervanger en het hoofd van de afdeling verhoor in een driehoeksoverleg de dossiers met bewijsmateriaal over personen die propaganda maakten en daarmee het personeel van de eenheid ontmoedigden, coördineerden. Zij bespraken ook te nemen maatregelen, zoals het arresteren van de persoon in kwestie. [Betrokkene 7] verklaarde voorts dat de plaatsvervangers, wettelijk gezien, de arrestatiebevelen moesten tekenen als [betrokkene 3] er niet was en dat de plaatsvervangers en het hoofd van de afdeling verhoor nauw samenwerkten. Het was volgens [betrokkene 7] niet zo dat de plaatsvervangers niets te doen hadden als het hoofd er niet was. Het hoofd van de afdeling verhoor stelde het hoofd van de MID en zijn plaatsvervanger op de hoogte van de vorderingen van het verhoor van een arrestant. Het was wel mogelijk dat het hoofd van de MID en zijn plaatsvervangers bij het verhoor van een arrestant aanwezig waren. De getuige gaf aan niet te weten óf het hoofd van de MID controle hield over de omstandigheden waaronder de arrestanten daar verbleven.

iii. De getuige [betrokkene 12]

166. Dat de verdachte uit hoofde van zijn functie van (een van de) plaatsvervanger(s) van het hoofd van de MID ook de taak had om

15.

[betrokkene 2] te controleren, zou kunnen worden afgeleid uit de ten overstaan van de rechter-commissaris afgelegde verklaringen van [betrokkene 12], die volgens zijn verklaring in de periode tussen 1359 (1980) en 24 Jawza 1364 (14 juni 1985) werkzaam was bij de MID in Kabul. Deze getuige heeft tegenover de rechter-commissaris op 27 februari 2007 verklaard dat de verdachte het hoofd was van [betrokkene 2] en hem instructies gaf en dat de verdachte toezicht hield op verhoren waarbij ook mensen werden gemarteld. Blijkens zijn verklaring doelt deze getuige daarbij in het bijzonder op de rol van de verdachte bij de verhoren van een tiental arrestanten die naar aanleiding van een bomaanslag op de luchthaven in 1363 (1984/1985) waren aangehouden.

Anders dan in zijn verklaring van 2 juni 2005 tegenover de politie in de zaak RL5051, waarin hij zegt dat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] verantwoordelijk waren voor deze verhoren, verklaart [betrokkene 12] in bovengenoemd verhoor tegenover de rechtercommissaris dat de verdachte de leiding had over de verhoren van deze arrestanten.

iv. De getuige [betrokkene 4]

167. Deze verklaring vindt steun in die van de eerdergenoemde getuige [betrokkene 4] op 31 januari 2008 tegenover de rechter-commissaris inhoudende dat de verdachte zich eventueel met verhoren kon bemoeien indien de directeur hem instructies zou hebben gegeven of een overleg met een adviseur of officier van justitie zou hebben gehad. [Betrokkene 4] verklaarde tenslotte dat hij gezien had dat de verdachte soms één of twee keer per week het kantoor van zijn Modir, [betrokkene 2], binnenging. Hij memoreerde meer in het bijzonder eveneens de gebeurtenis rond een luchtaanval in Kabul in 1983, waarbij een groot aantal slachtoffers viel. Met betrekking tot de gebeurtenissen die volgden op die bomaanslag, zoals het aanhouden en overbrengen van verdachten naar het Moderiat onderzoek en verhoor, verklaarde hij dat bij deze zaak de plaatsvervangers een rol hebben gespeeld. Hij verklaarde zelf indertijd in het gebouw van het Moderiat onderzoek/verhoor te hebben gewerkt en er zelf getuige van te zijn geweest dat de verdachte, die kantoor hield naast het kantoor van het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor, [betrokkene 2], diens kantoor binnenkwam. Er waren, naast ander personeel, ook 10 à 11 verhoorders aanwezig.

v. De getuige [betrokkene 5]

168. Met betrekking tot het controleren door de verdachte van [betrokkene 2] heeft eerdergenoemde getuige [betrokkene 5] tegenover de rechter-commissaris op 6 februari 2007 verklaard dat de verdachte tot plaatsvervangend directeur van de MID was benoemd met het doel om de Khalqi's, onder wie [betrokkene 2], in de gaten te houden.

169. De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep beaamd dat hij als enige van de plaatsvervangers zijn werkkamer in hetzelfde gebouw op het terrein van de MID had als het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor [betrokkene 2]; de werkkamers bevonden zich zelfs op dezelfde gang. Dit laatste is ten overstaan van de rechter-commissaris ook bevestigd door de bewaker, schoonmaker en chauffeur van de verdachte, [betrokkene 22]. Deze getuige, die in de periode voordat de verdachte naar Kunduz werd overgeplaatst enkele maanden als bewaker en chauffeur van de



verdachte werkzaam was, heeft op 6 maart 2007 tegenover de rechter-commissaris verklaard dat er sprake was van geschillen tussen de verdachte en [betrokkene 2]. De oorzaak van deze geschillen was volgens deze getuige het feit dat verdachte en [betrokkene 2] tot twee verschillende fracties behoorden. Hoewel zij beiden een kamer op dezelfde gang hadden, gingen zij niet bij elkaar langs en daaruit bleek dat ze geen goede relatie hadden, aldus deze getuige.

170. Met de inhoud van deze verklaringen is de vraag of de verdachte uit hoofde van zijn functie ook de taak had om [betrokkene 2] te controleren nog niet overtuigend beantwoord. Immers de getuige [betrokkene 12], die indertijd een medewerker was van afdeling 2, baseert zich slechts op wat hij heeft waargenomen bij gebeurtenissen in 1984, bijna anderhalf jaar vóór de tenlastgelegde gebeurtenissen, [slachtoffer 1] en [slachtoffer 3] betreffende. Met de rechtbank constateert het hof voorts dat slechts de hiervoor genoemde [betrokkene 12] verklaart dat de verdachte tijdens verhoren instructies heeft gegeven aan [betrokkene 2].

171. Het hof zal echter geen bewijswaarde aan deze verklaring toekennen nu deze niet alleen op zichzelf staat maar bovendien kennelijk betrekking heeft op gebeurtenissen die buiten de tenlastelegging vallen. Hetzelfde geldt voor de getuigenis van [betrokkene 4] die verdachtes specifieke bemoeienis met betrekking tot een gebeurtenis uit 1983 beschrijft. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de waarde van de verklaring van [betrokkene 5] over de taak van de verdachte [betrokkene 2] in de gaten te houden. Uit een dergelijke meer spionerende opdracht - als daarvan al sprake was - vloeit niet per definitie voort dat de verdachte ook tot taak had [betrokkene 2] te controleren op andere zaken dan zijn loyaliteit, laat staan dat daarmee is komen vast te staan dat de verdachte als meerdere ook 'effective control' had over het handelen van [betrokkene 2] en anderen voorafgaande en ten tijde van het plegen van de tenlastegelegde gedragingen.

Daar komt bij dat de verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg nog heeft gewezen op de ook door het hof niet onaannemelijk geachte mogelijkheid dat bij de verhoren van getuigen, welke alle door tussenkomst van een tolk zijn geschied, onvoldoende oog is geweest voor het onderscheid tussen de 'afdeling onderzoek en verhoor' en de verhoorruimtes.

172. Ook het enkele feit dat de getuige [betrokkene 3] in zijn meergenoemde verklaring bij de rechter-commissaris van 7 februari 2007 heeft aangegeven dat het zou kunnen zijn dat de verdachte wel eens bij de verhoorruimtes van de afdeling onderzoek en verhoor langs is geweest, dat de getuigen [betrokkene 5], [betrokkene 6] en [betrokkene 7] hebben verklaard dat de verdachte krachtens zijn positie de verhoren van de arrestanten door medewerkers van de afdeling onderzoek en verhoor mocht bijwonen en afnemen en dat volgens de verklaringen van de getuige [betrokkene 23] van 24 mei 2006 hij na zijn arrestatie door de MID op 29 oktober 1364 (hof: 1985) door de onderdirecteur van de Khad, een zekere [betrokkene 24], is geslagen, kan niet tot vorenstaande conclusies leiden.

173. Het hof stelt vast dat het procesdossier onvoldoende informatie

bevat voor de vaststelling dat de verdachte een zodanige positie had dat hij daadwerkelijk in staat was om veranderingen aan te brengen in de structuur van de MID, inclusief het stoppen van martelingen en andere misdaden tegen de menselijkheid. Het voorafgaande geldt ook voor de vraag in hoeverre de verdachte de bevoegdheid had [betrokkene 2] en zijn verhoorders te bestraffen, te arresteren, te ontslaan of te vervangen, eveneens factoren die van belang kunnen zijn om vast te stellen dat er sprake was van 'effective control'.

174. Het hof heeft hierboven vastgesteld, dat tussen de verdachte -als (tweede) plaatsvervanger van [betrokkene 3]- en [betrokkene 2] en zijn medewerkers een gezagsrelatie bestond. Als eveneens eerder door het hof vastgesteld, zijn [slachtoffer 1] en [slachtoffer 3] slachtoffer geweest van geweldplegingen van de zijde van [betrokkene 2] cum suis in de tenlastegelegde periode, die vallen onder de bepaling van artikel 8 WOS. Ten aanzien van de tijdstippen waarop zulks is geschied, ontbreken gedetailleerde gegevens. Evenmin zijn gegevens bekend geworden over de periodes waarin of de tijdstippen waarop de verdachte, naast zijn taak als modir van de afdeling inlichtingen van de MID, zijn taak als tweede plaatsvervanger van [betrokkene 3] daadwerkelijk heeft uitgevoerd of diende uit te voeren. Er is geen bewijs voorhanden, waaruit het hof met voldoende zekerheid kan opmaken, dat de gezagsverhouding tussen de verdachte en [betrokkene 2] cum suis inhield dat de verdachte te allen tijde, ook bij aanwezigheid van [betrokkene 3], bedoeld gezag kon uitoefenen en/of de taak had zulks te doen.

175. Tevens ontbreken in de onderhavige zaak gegevens omtrent de bekendheid van de verdachte met de aanwezigheid ter plaatse van voornoemde slachtoffers, omtrent zijn bekendheid met hun verhoren of de tijdstippen daarvan en omtrent hun bereidheid aan het onderzoek deel te nemen. In het dossier bevinden zich, als eerder overwogen, aanwijzingen dat er bij de MID gemarteld werd en dat de verdachte daarvan op de hoogte was. Die algemene omstandigheid is echter, gelet op voormeld gebrek aan gegevens van feitelijke aard en gelet op hetgeen het hof hiervoor in algemene zin omtrent de bewijswaardering en omtrent de relevante getuigenverklaringen heeft overwogen, onvoldoende voor de noodzakelijke vaststelling, dat de verdachte ten tijde van de tenlastegelegde misdaden, daadwerkelijk in de positie verkeerde dat hij 'effective control' te dien aanzien kon uitoefenen. Daarmee is niet voldaan aan één van de vereisten voor de vaststelling dat de verdachte als meerdere aansprakelijk kan worden gesteld voor de tenlastegelegde schendingen van het internationale humanitaire recht.

Naar het oordeel van het hof kan dan ook niet worden bewezen, dat de verdachte opzettelijk heeft toegelaten, dat (een) aan hem ondergeschikte(n) feiten als bedoeld in artikel 8 WOS heeft/hebben begaan en dient hij van het hem onder feit 2 tenlastegelegde te worden vrijgesproken.

176. Het hof laat gezien deze vaststelling het verweer van de verdediging dat de Russische adviseurs de formele bevelsstructuur binnen de MID substantieel hadden doorkruist onbesproken.

177. Bij deze stand van zaken ten aanzien van feit 1 en feit 2 komt het hof aan de bespreking van het bestanddeel 'opzet', al dan niet

in voorwaardelijke vorm, en andere resterende verweren en standpunten over de bewijsvraag niet (meer) toe."

2.3. Voor de beoordeling van het middel zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang:

- art. 8 (oud) van de Wet Oorlogsstrafrecht:

"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.

2. Gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd:

1°. indien van het feit de dood of zwaar lichamelijk letsel van een ander te duchten is;

2°. indien het feit een onmenselijke behandeling inhoudt;

3°. indien het feit inhoudt het een ander dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden;

4°. indien het feit plundering inhoudt.

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;

3°. indien het feit inhoudt het met verenigde krachten vernielen, beschadigen, onbruikbaar maken of wegmaken van enig goed, dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort;

4°. indien het feit, in het voorgaande lid bedoeld onder 3° of 4°, wordt gepleegd met verenigde krachten;

5°. indien het feit uiting is van een politiek van stelselmatige terreur of wederrechtelijk optreden tegen de gehele bevolking of een bepaalde groep daarvan;

6°. indien het feit inhoudt een schending van een gegeven belofte, of een schending van een met de tegenpartij als zodanig gesloten overeenkomst;

7°. indien het feit inhoudt misbruik van een door de wetten en gebruiken van de oorlog beschermde vlag of teken dan wel van de militaire onderscheidingstekenen of de uniform van de tegenpartij."

- art. 9 (oud) van de Wet Oorlogsstrafrecht:

"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."

2.4.1. Bij de beoordeling van de gezagsverhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte als bedoeld in art. 9 (oud) van de Wet Oorlogsstrafrecht heeft het Hof terecht aansluiting gezocht bij het internationale recht ter zake. Daarbij heeft het ook kunnen betrekken de doctrine van 'command responsibility'. Die doctrine is onder meer terug te vinden in art. 7, derde lid van het Statuut van het Joegoslavië-tribunaal en art. 6, derde lid van het Statuut van het Rwanda-tribunaal en de daarop betrekking hebbende rechtspraak;

beide artikelen spreken in dat verband over het geval dat de meerdere "knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof".

2.4.2. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in de vorm van dergelijke 'command responsibility' is vereist dat de meerdere 'effective control' heeft over de ondergeschikte die de tenlastegelegde feiten heeft gepleegd. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op ICTY 30 juni 2006 (Prosecutor v. Oric), IT-03-68-T, waarin het Joegoslavië-tribunaal een beschouwing over deze begrippen heeft gegeven en factoren heeft genoemd die indicatief kunnen zijn voor het bestaan van 'effective control':

"3. 'Superior-Subordinate Relationship'

307. As stated by the Trial Chamber in the Celebici case, "the doctrine of command responsibility is ultimately predicated upon the power of the superior to control the acts of his subordinates". This has two implications.

308. First, Article 7(3) of the Statute does not differentiate between 'commander' and 'superior' as was later done in Article 28 of the Rome Statute, but instead uses exclusively the generic term of 'superior'. Consequently, the scope of Article 7(3) of the Statute extends beyond classical 'command responsibility' to a truly 'superior criminal responsibility', and does not only include military commanders within its scope of liability, but also political leaders and other civilian superiors in possession of authority.

309. The second implication is that, in relation to the power of the superior to control, it is immaterial whether that power is based on a de jure or a de facto position. Although formal appointment within a hierarchical structure of command may still prove to be the best basis for incurring individual criminal responsibility as a superior, the broadening of this liability as described above is supported by the fact that the borderline between military and civil authority can be fluid. This is particularly the case with regard to many contemporary conflicts where there may be only de facto self-proclaimed governments and/or de facto armies and paramilitary groups subordinate thereto.

310. Thus, regardless of which chain of command or position of authority the superior-subordinate relationship may be based, it is immaterial whether the subordination of the perpetrator to the accused as superior is direct or indirect, and formal or factual. In the same vein, the mere ad hoc or temporary nature of a military unit or an armed group does not per se exclude a relationship of subordination between the member of the unit or group and its commander or leader.

311. Within this rather broad platform, however, proof of a superior-subordinate relationship ultimately depends on the existence of effective control which requires that the superior must have had the material ability to prevent or punish the commission of the principal crimes. On the one hand, this needs more than merely

having 'general influence' on the behaviour of others. Likewise, merely being tasked with coordination does not necessarily mean to have command and control. On the other hand, effective control does not presuppose formal authority to issue binding orders or disciplinary sanctions, as the relevant threshold rather depends on the factual situation, i.e., the ability to maintain or enforce compliance of others with certain rules and orders. Whether this sort of control is directly exerted upon a subordinate or mediated by other superiors or subordinates is immaterial, as long as the responsible superior would have means to prevent the relevant crimes from being committed or to take efficient measures for having them sanctioned. In the same vein, proof of the existence of a superior-subordinate relationship does not require the identification of the principal perpetrators, particularly not by name, nor that the superior had knowledge of the number or identity of possible intermediaries, provided that it is at least established that the individuals who are responsible for the commission of the crimes were within a unit or a group under the control of the superior.

312. Although it is obvious that the requisite level of control is a matter to be determined on the basis of the evidence presented in each case, the jurisprudence of the tribunal provides certain criteria that are more or less indicative of the existence of some authority in terms of effective control. This is in particular true with regard to the formality of the procedure used for appointment of a superior, the power of the superior to issue orders or take disciplinary action, the fact that subordinates show in the superior's presence greater discipline than when he is absent, or the capacity to transmit reports to competent authorities for the taking of proper measures. Likewise, the capacity to sign orders is an indicator of effective control, provided that the signature on a document is not purely formal or merely aimed at implementing a decision made by others, but that the indicated power is supported by the substance of the document or that it is obviously complied with. An accused's high public profile, manifested through public appearances and statements or by participation in high-profile international negotiations, although not establishing effective control per se, is an additional indicator of effective control. On the other hand, effective control does not necessarily presuppose a certain rank, so that even a rank-less individual commanding a small group of men can have superior criminal responsibility. Nor is it required that the superior generally exercises the trappings of de jure authority."

2.5. Het middel klaagt in het bijzonder dat het Hof de in het internationale recht ontwikkelde maatstaf bij de uitleg van de begrippen 'command responsibility' en 'effective control', te weten de 'material ability to prevent or punish criminal conduct', niet op de juiste wijze heeft toegepast.

2.6. Het middel bevat als eerste klacht dat het Hof in dit verband ten onrechte de voorwaarde stelt dat het tot de taak van de

verdachte behoorde om de afdeling onderzoek en verhoor van de MID te controleren op het voorkomen van feiten zoals die onder feit 2 zijn tenlastegelegd. Die klacht berust echter op een verkeerde lezing van de overwegingen van het Hof. Het Hof heeft immers niet meer gedaan dan zijn oordeel dat geen bewijs voorhanden is waaruit volgt dat de verdachte uit hoofde van zijn functie de taak had om de afdeling onderzoek en verhoor te controleren, te betrekken bij het uiteindelijke oordeel dat de verdachte niet daadwerkelijk in staat was om de tenlastegelegde feiten te voorkomen. Mede gelet op de hiervoor onder 2.4.2 weergegeven factoren die bij de beoordeling van de gezagsverhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte in aanmerking kunnen worden genomen, geeft dat uiteindelijke oordeel in zoverre geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting en is dat evenmin onbegrijpelijk.

2.7. Datzelfde geldt voor de voorts in het middel bestreden oordelen van het Hof dat het procesdossier onvoldoende informatie bevat voor de vaststelling dat de verdachte een zodanige positie had dat hij daadwerkelijk in staat was om veranderingen aan te brengen in de structuur van de MID, dat gedetailleerde gegevens ontbreken ten aanzien van de tijdstippen waarop de in de tenlastelegging onder 2 genoemde misdrijven zijn gepleegd en dat gegevens ontbreken omtrent de bekendheid van de verdachte met details van voornoemde misdrijven. Ook die feitelijke vaststellingen heeft het Hof zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk kunnen betrekken bij het uiteindelijke oordeel dat geen sprake was van 'effective control'.

2.8. Het middel faalt derhalve in al zijn onderdelen.

### 3. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Dit arrest is gewezen door de vice-president A.J.A van Dorst als voorzitter, en de raadsheren J. de Hullu, W.M.E. Thomassen, W.F. Groos en M.A. Loth, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 8 november 2011.

### Conclusie

Nr. S 09/03090  
Mr. Vegter  
Zitting 30 augustus 2011

Conclusie inzake:

[verdachte]

1. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft verdachte op 16 juli 2009

vrijgesproken van de hem ten laste gelegde feiten.

2. Mr. J.J.J. Wubben, Advocaat-Generaal bij het ressortsparket te 's-Gravenhage, heeft cassatie ingesteld. Mr. L. Plas, Advocaat-Generaal bij het ressortsparket te 's-Gravenhage, heeft een schriftuur ingezonden houdende één middel van cassatie.

3. Mr. G.G.J. Knoop, advocaat te Amsterdam, heeft een schriftuur houdende tegenspraak ingezonden. Nu hieronder wordt geconcludeerd tot verwerping van het beroep is er geen aanleiding op deze schriftuur in te gaan.

4. De tenlastelegging van feit 1 is toegesneden op art. 8 (oud) van de Wet oorlogsstrafrecht(1) (hierna aangeduid als WOS); die van feit 2 op art. 9 (oud) van de WOS. Het onder 1 tenlastegelegde feit betreft - kort gezegd - het (medeplegen) van martelingen en/of wrede (onmenselijke) behandeling en/of andere vormen van gekwalificeerd geweld jegens de slachtoffers [slachtoffer 1] en [slachtoffer 3] in de periode van 1 december 1985 tot en met 1 maart 1986. Het onder 2 tenlastegelegde feit betreft primair het als meerdere 'toelaten' van martelingen en/of wrede (onmenselijke) behandeling en/of andere vormen van gekwalificeerd geweld jegens de slachtoffers [slachtoffer 1], [slachtoffer 2] en [slachtoffer 3] in de periode van 1 december 1985 tot en met 1 maart 1986, subsidiair het geen en/of onvoldoende maatregelen nemen om deze geweldplegingen te voorkomen en/of de ondergeschikte verantwoordelijke(n) te bestraffen.

5. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is verdachte vrijgesproken voor beide feiten. Ten aanzien van feit 2 heeft het Hof in rechtsoverweging 132 met de verdediging en het Openbaar Ministerie vastgesteld dat de delictomschrijving van art. 9 WOS slechts spreekt over 'hij die opzettelijk toelaat' en, anders dan elders in het internationaal recht, derhalve niet strafbaar stelt het nalaten een ondergeschikte te bestraffen.

6. Het door het OM voorgestelde middel klaagt erover dat het Hof niet op juiste wijze de in het internationale recht ontwikkelde maatstaf heeft toegepast bij de uitleg van de begrippen 'command responsibility' en 'effective control', te weten de 'material ability to prevent or punish criminal conduct'. Daartoe worden vier onder a) tot en met d) aangeduide argumenten aangevoerd, die alle ertoe strekken dat het Hof die maatstaf niet op een juiste wijze heeft toegepast door:

a) als voorwaarde te stellen dat het tot de taak van de verdachte behoorde om de afdeling onderzoek en verhoor van de MID te controleren op het voorkomen van martelingen zoals die onder 2 zijn tenlastegelegd; en/of

b) als voorwaarde te stellen dat de verdachte een zodanige positie had dat hij daadwerkelijk in staat was om veranderingen aan te brengen in de structuur van de MID, inclusief het stoppen van martelingen en andere misdaden tegen de menselijkheid; en /of

c) als voorwaarde te stellen dat gedetailleerde gegevens beschikbaar

zijn ten aanzien van de tijdstippen waarop de in de tenlastelegging onder 2 genoemde misdrijven zijn gepleegd; en/of  
d) als voorwaarde te stellen dat de verdachte bekend was met details van de in de tenlastelegging onder 2 genoemde misdrijven zoals de aanwezigheid ter plaatse van de slachtoffers alsmede hun verhoren en de tijdstippen daarvan.

Door op basis van een onjuiste maatstaf feitenonderzoek te hebben verricht, concludeert de steller van het middel dat sprake is van een motiveringsgebrek en dat dat feitenonderzoek op basis van de juiste maatstaf opnieuw zal moeten worden verricht. In de toelichting wordt het middel nader toegelicht, en die toelichting zal hierna bij de bespreking van de klachten achtereenvolgens samengevat worden weergegeven.

In de kern gaat het hier dus over de vraag hoe het begrip 'toelaten' in art. 9 WOS moet worden uitgelegd en daarmee beperkt het cassatiemiddel zich tot het primaire deel van het tweede tenlastegelegde feit en is de vrijspraak voor feit 1 onherroepelijk. Van het daar tenlastegelegde medeplegen is geen sprake. Onder 'toelaten' kan volgens het Hof (als onder 5 hierboven reeds opgemerkt) niet begrepen worden 'nalaten een ondergeschikte te bestraffen', maar de vraag naar de reikwijdte van het begrip toelaten is aan de orde en met name de vraag op welke wijze dat 'toelaten' ingevuld kan worden aan de hand van de 'daderschapsverruimende' begrippen ('command responsibility' en 'effective control') uit het internationale strafrecht.

7. Voordat ik aan de bespreking van de vier onderdelen van het cassatiemiddel toekom, besteed ik allereerst in de nummers 8 t/m 14 aandacht aan het toepasselijke recht en rechtsvinding met betrekking tot de tenlastegelegde feiten, te weten overtreding van de artikelen 8 en 9 WOS gepleegd te Kabul (Afghanistan) in de periode van 1 januari 1981 tot en met 1 januari 1987. Vervolgens komt in de nummers 15 t/m 17 aan de orde of het Hof op juiste wijze de in het internationale recht ontwikkelde maatstaf heeft toegepast bij de uitleg van de begrippen 'command responsibility' en 'effective control', te weten de 'material ability to prevent or punish criminal conduct'. De vier in de cassatieschriftuur vervatte klachten zullen daarna achtereenvolgens worden behandeld (nrs. 19 t/m 31). De nummers 32 en 33 bevatten respectievelijk een ambtshalve opmerking over de redelijke termijn en een slotconclusie.

8. Ten aanzien van feit 2 heeft het Hof in zijn overweging onder 134 over de reikwijdte van art. 9 WOS overwogen dat bewezen moet worden dat 'een ondergeschikte' zich heeft schuldig gemaakt aan feiten als bedoeld in artikel 8 WOS. Er dient dus een relatie van ondergeschiktheid te zijn tussen de feitelijke daders en de meerdere. Het Hof overweegt vervolgens dat het bepaalde aangaande de meerdere-mindere zoals opgenomen in art. 27a, derde lid, van het Besluit Buitengewoon Strafrecht (BBS), waarvan de strekking overeenkomt met art. 9 WOS, een mengvorm inhoudt van toepassing van nationale en internationale normen - waarbij het Hof refereert aan de uitspraak van de Bijzondere Raad van Cassatie van 17 februari



1947, NJ 1947/87 (Ahlbrecht). Voorts heeft het Hof ten aanzien van de verhouding tussen de meerdere en zijn ondergeschikte in de internationale context onder 136 overwogen dat het Hof bij de verdere juridische invulling van de gezagsverhouding meerdere - ondergeschikte aansluiting heeft gezocht bij het internationaal oorlogsrecht, niet alleen bij het geschreven recht zoals dat in internationale overeenkomsten is neergelegd, maar ook bij het internationaal gewoonterecht, voor zover op oorlog betrekking hebbende. Het Hof heeft in verband hiermee verwezen naar de doctrine van 'command responsibility' die, onder andere, is terug te vinden in art. 7, derde lid, van het Statuut van het Joegoslaviëtribunaal (International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia, hierna te noemen ICTY) en art. 6, derde lid, van het Statuut van het Rwandatribunaal (International Criminal Tribunals for Rwanda, hierna te noemen: ICTR), alsmede naar de uitspraken van locale rechtbanken en de ad hoc tribunalen in dit verband.(2)

9. Op internationale misdrijven in Nederland zijn twee verschillende juridische stelsels van toepassing.(3) Enerzijds is er de op 1 oktober 2003 in werking getreden Wet internationale misdrijven (hierna aangeduid als: WIM). Deze wet is in beginsel alleen van toepassing op misdrijven die zijn begaan na de datum dat hij in werking is getreden. De tenlastegelegde feiten, gepleegd in de periode van 1 december 1985 tot en met 1 maart 1986, vallen onder het bereik van de Wet Oorlogsstrafrecht van 1952.(4) Bij inwerkingtreding van de WIM, is deze Wet ingetrokken; wel blijft deze van betekenis voor internationale misdrijven die werden begaan vóór het tijdstip van in werking treden van de nieuwe wet. In de onderhavige procedure is de toepasselijkheid van de Wet Oorlogsstrafrecht als zodanig dan ook terecht niet ter discussie gesteld.

10. Kan de Nederlandse rechter überhaupt rekening houden met volkenrechtelijk gewoonterecht wanneer dat afwijkt van de Nederlandse wetgeving? Die vraag is in de onderhavige procedure van betekenis om te kunnen beoordelen of het volkenrechtelijke gewoonterecht mede bepalend kan zijn voor de uitleg van het begrip 'toelaten' in art. 9 WOS. Het Hof (zie punt 8 hierboven) is van oordeel dat dit in het onderhavige geval mogelijk is en ik sluit mij daarbij aan om de volgende redenen. In het algemeen kan volkenrechtelijk gewoonterecht niet aan bepalingen van Nederlands recht derogeren; zie HR 18 december 2001, LJN AB1471, m.nt. J.M. Reijntjes, NJ 2002/559 (Decembermoorden), waarin wordt verwezen naar de barrière die art. 94 GW opwerpt. De artikelen 8 en 9 (impliciet) van de WOS bevatten geen zelfstandige delictomschrijvingen van oorlogsmisdrijven, maar bevatten in plaats daarvan een blanco verwijzing naar de 'wetten en gebruiken van de oorlog',(5) en aldus juist naar dat gewoonterecht. Zo verwees ook de Rechtbank te 's-Gravenhage in de zaak Van Anraat, welk vonnis door de Hoge Raad(6) niet werd gecasseerd, ter uitleg van dat gewoonterecht naar jurisprudentie van het ICTY en ICTR, teneinde vast te stellen dat alleen ernstige schendingen van het internationale humanitaire recht

individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen. In beginsel kan bij de interpretatie van internationaal gewoonterecht de jurisprudentie van de internationale tribunalen tot richtsnoer worden genomen bij de uitleg van bepalingen in de bestaande wetten die strekken tot uitvoering van verdragen of 'ter uitvoering' van volkenrechtelijk gewoonterecht.(7) Weliswaar bindt deze rechtspraak de Nederlandse rechter en wetgever niet rechtstreeks, maar die zullen toch over zeer sterke argumenten moeten beschikken als zij de uitleg die door de tribunalen aan verdragsbepalingen of aan regels van gewoonterecht is gegeven naast zich zouden willen neerleggen. De delictomschrijvingen hebben immers een internationale oorsprong en zijn geïnterpreteerd in de rechtspraak van Internationale tribunalen en hoven.

11. De vraag is of het Hof een juiste interpretatie heeft gegeven van in het bijzonder art. 9 WOS, door het leerstuk van de zogenaamde 'command responsibility', zoals door het ICTY is uitgewerkt, met terugwerkende kracht toe te passen op de onderhavige zaak betreffende een militair commandant tijdens de Afghaanse Oorlog van 1979-1989, zijnde een niet-internationaal gewapend conflict. Van belang voor de kernvraag of de aansprakelijkheid van verdachte voor de tenlastegelegde feiten inderdaad kan worden aangemerkt als 'command responsibility' is of het concept 'command responsibility' tijdens een niet-internationaal gewapend conflict ten tijde van de tenlastegelegde periode van 1 december 1985 tot en met 1 maart 1986 reeds tot het internationaal gewoonterecht behoorde. Indien dit niet het geval is, zou men kunnen beargumenteren dat het met terugwerkende kracht toepassen van dit leerstuk schending van het legaliteitsbeginsel oplevert. Dit zou tot gevolg hebben dat het Hof in plaats daarvan de aansprakelijkheid van de militaire commandant had moeten beoordelen enkel op grond van art. 9 WOS (oud), waarin is voorzien in een minder extensieve aansprakelijkheid dan op grond van het door het ICTY ontwikkelde leerstuk van 'command responsibility'.

12. Voor het hierboven reeds gegeven antwoord op de vraag of het met terugwerkende kracht toepassen van het leerstuk van 'command responsibility' niet strijdig is met het legaliteitsbeginsel kan bovendien aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Het EHRM is enkele malen geconfronteerd met vonnissen van nationale gerechten waarin in de internationale context sprake was van een beroep op het legaliteitsbeginsel.(8) In de zaak Jorgic t. Duitsland beantwoordde het EHRM in 2007 de vraag of de veroordeling van Jorgic voor genocide in strijd was met het legaliteitsbeginsel zoals vastgelegd in art. 7 van het EVRM.(9) Het EHRM oordeelde dat er geen sprake was van schending van het nullum crimen, nulla poena sine lege beginsel, nu de door de Duitse rechter toegepaste interpretatie van genocide 'could reasonably be regarded as consistent with the essence of that offence and could reasonably be foreseen by the applicant at the material time', en wees de klacht af.(10) In zijn oordeel betrok het Hof bovendien dat klager, indien nodig met bijstand van een

raadsman, redelijkerwijs had kunnen voorzien dat hij riskeerde om te worden aangeklaagd op grond van en veroordeeld wegens genocide voor de daden gepleegd in 1992. Daarentegen kwam het EHRM tot een ander oordeel in de zaken Kononov t. Letland,<sup>(11)</sup> waarin het erom ging of de door rode partizanen aan het eind van de Tweede Wereldoorlog tegen een aantal inwoners van het Letse dorp Mazie Bati genomen represailles naar toenmalig recht strafbaar waren (nee, antwoordde het EHRM). En in de zaak Liivik t. Estland, paste de rechter in Estland een van de Russen geërfde strafbepaling (misbruik maken van een officiële positie) toe binnen de context van een markteconomie, waarbij het gebruik maakte van zo brede begrippen en zo vage criteria, dat volgens het EHRM 'the criminal provision was not of the quality required under the Convention in terms of clarity and the foreseeability of its effects'.<sup>(12)</sup> In de zaak Korbély t. Hongarije, ten slotte, concludeerde de Grand Chamber dat voor Korbély niet voorzienbaar was dat zijn gedrag begaan tijdens de stormachtige Hongaarse oktoberdagen in 1956 een misdaad tegen de mensheid opleverde; zijn veroordeling was daarom in strijd met art. 7 van het EVRM.<sup>(13)</sup> Uit deze jurisprudentie zou men de volgende standaarden met betrekking tot legaliteit en voorzienbaarheid waar het de berechting van internationale misdrijven betreft kunnen afleiden:<sup>(14)</sup> (i) het misdrijf was in essentie voldoende voorzienbaar gedefinieerd; en (ii) het is van immens belang zich goed rekenschap te geven van het tijdsverloop en de gevolgen hiervan voor het toepasselijke recht.

13. In onderhavige zaak heeft het Hof in het bestreden arrest onder 5.2.1 ten aanzien van het verweer voor wat betreft feit 2 strekkende tot niet-ontvankelijkheid wegens schending van het in art. 7 EVRM en art. 15 IVBPR verankerde legaliteitsbeginsel overwogen dat - kort samengevat - de doctrine van 'command responsibility' in ieder geval vanaf 1993 als een uit het internationaal gewoonterecht voortkomende vorm van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid werd erkend, en dat het voorts geen aanknopingspunten ziet voor de stelling dat deze vorm van aansprakelijkheid niet ook geldt ten aanzien van feiten gepleegd enkele jaren daarvoor, zodat deze vorm van aansprakelijkheid van de meerdere ook reeds gold in de tenlastegelegde periode, in het bijzonder in de periode van 1 december 1985 tot en met 1 maart 1986, ook in geval van niet-internationaal gewapende conflicten (r.o. 40 in het arrest). Het Hof komt vervolgens tot de conclusie dat het voor verdachte voorzienbaar was dat hij strafrechtelijk vervolgd kon worden - welke stelling door het Hof door te verwijzen naar toepasselijke wetgeving, verdragen en jurisprudentie uitvoerig is onderbouwd -, welk oordeel mede is gebaseerd op de omstandigheden dat verdachte uit een intellectuele Afghaanse familie kwam, hij als beroepsmilitair carrière maakte en regelmatig naar het buitenland heeft gereisd voor opleiding en overleg (r.o. 41 in het arrest). Daarenboven heeft het Hof in het bestreden arrest onder 35 onder verwijzing naar een beslissing van de Appeals Chamber van het ICTY in de zaak Prosecutor v. Hadzihasanovic et al<sup>(15)</sup> afgeleid dat uit het feit dat het Tweede Aanvullend Protocol geen afzonderlijke

regeling voor 'command responsibility' geeft, niet a contrario mag worden afgeleid dat daarmee de toepassing van dit leerstuk in de context van interne gewapende conflicten wordt uitgesloten.(16) Aldus heeft het Hof de vraag of het met terugwerkende kracht toepassing geven aan het leerstuk van 'command-responsibility' in een intern gewapend conflict strijdig is met het legaliteitsbeginsel getoetst aan de hand van de hiervoor onder 11 beschreven door het EHRM geformuleerde standaarden, te weten dat het misdrijf in essentie voldoende voorzienbaar was gedefinieerd en dat het zich daarbij goed rekenschap heeft gegeven van het tijdsverloop en de gevolgen hiervan voor het toepasselijke recht.

14. Nu de toepasselijkheid van het internationaal gewoonterecht overigens ook door de steller van het middel niet wordt betwist, dient dit internationaal gewoonterecht dan ook als toetsingskader aan de hand waarvan het middel zal worden besproken. Voordat ik aan een bespreking van de in het middel vervatte klachten aangeduid onder a) tot en met d) toekom, ga ik eerst in op de kernvraag van het middel, te weten of het Hof op juiste wijze de in het internationale recht ontwikkelde maatstaf heeft toegepast bij de uitleg van de begrippen 'command responsibility' en 'effective control', te weten de 'material ability to prevent or punish criminal conduct'. De vier in de cassatieschriftuur vervatte klachten zullen daarna achtereenvolgens worden behandeld.

15. Het bestreden arrest onder 142 tot en met 144 houdt ten aanzien van feit 2 voor wat betreft het begrip 'effective control' het volgende in:

"142. Niet slechts moet vaststaan dat er sprake is van een de jure of de facto positie van autoriteit, voorts moet buiten redelijke twijfel komen vast te staan dat op het relevante tijdstip, te weten het tijdstip waarop of de periode waarin de onderliggende misdrijven zijn/zouden worden gepleegd, de meerdere daadwerkelijk in een positie was om zogeheten 'effective control', ofwel feitelijke controle of gezag uit te oefenen over de ondergeschikten die de onderliggende (tenlastegelegde) schendingen van internationaal humanitair recht hebben begaan en dat hij naliet zulks te doen.(17) Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere betekent dit dat hij de concrete mogelijkheid moet hebben gehad om -voor zover in casu van belang- de misdrijven te voorkomen.(18) Immers: "where there is no 'effective control', there is no 'superior responsibility'".(19) Het is de derhalve de macht en de autoriteit van de meerdere om de daden van zijn ondergeschikten te beheersen en daarop toezicht te houden ("to control"), die de basis vormt van de doctrine van 'command responsibility'.(20) Deze meerdere-aansprakelijkheid geldt bovendien voor misdaden gepleegd door individuen die formeel niet zijn (directe) ondergeschikten zijn, mits hij 'effective control' over hen heeft uitgeoefend.(21)

143. Het vereiste van 'effective control' benadrukt bovendien het

feit dat een persoon die formeel benoemd is om bevel te voeren of leiding te geven over/aan anderen, doch in de praktijk niet in staat is zijn gezag uit te oefenen, niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor misdaden die begaan zijn door personen die weliswaar formeel maar niet effectief onder zijn autoriteit stonden.

'Effective control' drukt een feitelijke, wezenlijke, doeltreffende of operationele gezagsrelatie uit. De ene kant beveelt en de andere kant gehoorzaamt. Bij iedere relatie die niet aan die standaard voldoet, bijvoorbeeld als de een de ander moet overtuigen of moet vragen om op een bepaalde manier te handelen, is er in de doctrine van 'command responsibility' geen sprake van 'effective control'.

Het gaat om de afdwingbare macht om misdaden van ondergeschikten te voorkomen (en te bestraffen).

144. 'Effective control' houdt voorts een minimum drempel van toezicht in beneden welke geen strafrechtelijke aansprakelijkheid overeenkomstig de doctrine van 'command responsibility' kan worden aangenomen.

De ICTY Trial Chamber in de zaak Halilovic overwoog hierover, voor zover relevant, als volgt:

"a degree of control which falls short of the threshold of 'effective control' is insufficient for liability to attach under Article 7(3). "Substantial influence" over subordinates which does not meet the threshold of 'effective control' is not sufficient under customary law to serve as a means of exercising command responsibility and, therefore, to impose criminal liability."(22)"

16. Voor een goed begrip van 'command responsibility' in de zin van art. 9 WOS zet ik eerst kort uiteen hoe dit leerstuk, en in het bijzonder het element 'effective control', in het internationale gewoonterecht wordt geïnterpreteerd. Hierbij zal aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het ICTY, aangezien dit leerstuk hier in een aantal strafzaken uitvoerig aan de orde is geweest.(23) De elementen van 'command responsibility' zijn: (i) het bestaan van een meerdere-ondergeschikte verhouding; (ii) de meerdere wist of had moeten weten dat een strafbaar feit zou worden of was gepleegd; en (iii) de meerdere heeft nagelaten de noodzakelijke en redelijke maatregelen te nemen teneinde het strafbare feit te voorkomen of de dader daarvan te bestraffen.(24) Het eerste en belangrijkste element wordt aangeduid als 'effective control' en is een noodzakelijke voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in de vorm van 'command responsibility'.(25) In meerdere zaken overwoog het ICTY dat het voor de aanwezigheid van 'command responsibility' noodzakelijk is dat de meerdere 'effective control' heeft over personen die de onderliggende schendingen van het internationale humanitaire recht plegen.(26) 'Effective control' wordt omschreven als: de 'material ability' (vrij vertaald als: 'het vermogen') van de meerdere om voldoende controle uit te oefenen over de ondergeschikten teneinde hen te verhinderen misdrijven te plegen of de voornaamste daders te bestraffen.(27) In concreto geldt dat er

sprake is van 'effective control' indien de meerdere in de positie is om bevelen te geven en/of commando te voeren (verder ook: positie van commando) en in staat is /over het vermogen beschikt om de handelingen van de ondergeschikte te controleren.(28) Om de strafrechtelijke verantwoordelijkheid uiteindelijk vast te stellen, is het noodzakelijk om te kijken naar de effectieve uitvoering van macht of controle en niet naar formele functies.(29) Een bepaalde gradatie van controle die niet kan worden aangemerkt als 'effective control' is onvoldoende voor de aansprakelijkheid als bedoeld in het leerstuk van 'command responsibility'. Een 'substantiële invloed' op ondergeschikten die niet de drempel van 'effective control' haalt is volgens het internationale gewoonterecht onvoldoende om te komen tot 'command responsibility' op grond waarvan strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd.(30) Met andere woorden, de vraag is of de meerdere zulke noodzakelijke en redelijke maatregelen trof als hadden kunnen worden getroffen gelet op de mate waarin de meerdere beschikte over 'effective control' over zijn of haar ondergeschikten. Bepalend hierbij is of de meerdere het vermogen had om de misdrijven te voorkomen en te bestraffen teneinde te beoordelen of zijn gedrag in overeenstemming was met de vereiste standaarden. In de rechtspraak van het ICTY lijken de begrippen 'commando voeren over' en 'controle uitoefenen op' wat door elkaar heen te lopen; dat komt ongetwijfeld doordat beide begrippen wederzijds van invloed op elkaar zijn. Voor effectieve controle moet je kunnen ingrijpen (preventief= voorkomen) en ben je als meerdere kennelijk verplicht te straffen (repressief= vermogen om te straffen almede daadwerkelijke invulling daarvan). Weliswaar dient in onderhavige zaak het vereiste niveau van controle te worden vastgesteld op basis van het voorhanden zijnde bewijs, maar bij die toets kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het ICTY, waarin is voorzien in een aantal criteria die in meer of mindere mate indicatief zijn voor het bestaan van overwicht in de zin van 'effective control'. De ICTY Trial Chamber in de zaak Oric omschrijft deze de criteria aan de hand waarvan de 'effective control' kan worden vastgesteld als volgt:(31)

"311. Within this rather broad platform, however, proof of a superior-subordinate relationship ultimately depends on the existence of effective control which requires that the superior must have had the material ability to prevent or punish the commission of the principal crimes.<sup>875</sup> On the one hand, this needs more than merely having 'general influence' on the behaviour of others.<sup>876</sup> Likewise, merely being tasked with coordination does not necessarily mean to have command and control.<sup>877</sup> On the other hand, effective control does not presuppose formal authority to issue binding orders or disciplinary sanctions, as the relevant threshold rather depends on the factual situation, i.e., the ability to maintain or enforce compliance of others with certain rules and orders. Whether this sort of control is directly exerted upon a subordinate or mediated by other superiors or subordinates is immaterial, as long as the responsible superior would have means to prevent the relevant crimes from being committed or to take efficient measures for having them

sanctioned. In the same vein, proof of the existence of a superior-subordinate relationship does not require the identification of the principal perpetrators, particularly not by name, nor that the superior had knowledge of the number or identity of possible intermediaries, provided that it is at least established that the individuals who are responsible for the commission of the crimes were within a unit or a group under the control of the superior.<sup>878</sup>

312. (...) This is in particular true with regard to the formality of the procedure used for appointment of a superior,<sup>880</sup> the power of the superior to issue orders<sup>881</sup> or take disciplinary action,<sup>882</sup> the fact that subordinates show in the superior's presence greater discipline than when he is absent,<sup>883</sup> or the capacity to transmit reports to competent authorities for the taking of proper measures.<sup>884</sup> Likewise, the capacity to sign orders is an indicator of effective control,<sup>885</sup> provided that the signature on a document is not purely formal or merely aimed at implementing a decision made by others,<sup>886</sup> but that the indicated power is supported by the substance of the document<sup>887</sup> or that it is obviously complied with.<sup>888</sup> An accused's high public profile, manifested through public appearances and statements<sup>889</sup> or by participation in high-profile international negotiations,<sup>890</sup> although not establishing effective control per se, is an additional indicator of effective control. On the other hand, effective control does not necessarily presuppose a certain rank, so that even a rank-less individual commanding a small group of men can have superior criminal responsibility.<sup>891</sup> Nor is it required that the superior generally exercises the trappings of de jure authority.<sup>892</sup>"(32)

17. Of er dus sprake is van 'effective control' is afhankelijk van - kort samengevat - de concrete positie van de verdachte, zijn functie, zijn taken en zijn verantwoordelijkheden en de moeite die hij daadwerkelijk heeft genomen om te verzekeren dat misdrijven niet door zijn ondergeschikten worden gepleegd. Bovendien moet de rechter de concrete verhouding tussen verdachte en zijn 'wapenbroeders' beoordelen en onderzoeken of zijn bevelen werden opgevolgd of genegeerd, voordat kan worden geconcludeerd dat de verdachte inderdaad het vermogen had om de misdrijven te voorkomen, of zijn ondergeschikten (tuchtrechtelijk) te bestraffen. Aard en reikwijdte van de te nemen maatregelen hangen af van de mate waarin de meerdere 'effective control' uitoefende in de relevante periode en van de hevigheid en dreigendheid van de misdrijven die worden gepleegd. Relevante factoren om in aanmerking te nemen zijn onder meer: zijn er specifieke bevelen die de strafbare feiten verbieden of beëindigen uitgevaardigd?; welke maatregelen zijn getroffen om deze bevelen te implementeren?; wat voor andere maatregelen werden genomen om te verzekeren dat onwettige daden werden verhinderd?; waren deze maatregelen redelijkerwijze voldoende in de specifieke omstandigheden?; en, nadat de feiten zijn gepleegd, welke stappen zijn ondernomen voor een adequaat onderzoek om de daders te berechten?

18. Ten slotte komt het nu aan op de invulling door het Hof. Zijn de vastgestelde feiten relevant en voldoende om aan te nemen of er sprake was van 'effective control'. Het Hof heeft ten aanzien van feit 2 voor wat betreft 'effective control, bevoegdheid en taak' het volgende overwogen:

"b. 'Effective control', bevoegdheid en taak

160. Thans ligt ter beoordeling voor de vraag of de verdachte 'effective control' had. Met andere woorden: had de verdachte feitelijke zeggenschap over de ondergeschikten die de tenlastegelegde misdaden hebben gepleegd?(33) Met inachtneming van hetgeen hierover reeds is overwogen acht het hof voor het vaststellen van 'effective control' de navolgende vragen relevant:(34)

1. Wat was de feitelijke relatie tussen de verdachte en [betrokkene 2](35) en zijn verhoorders als ondergeschikten?
2. Had de verdachte zeggenschap over hen voorafgaande en ten tijde van de gepleegde strafbare feiten en, zo ja, had hij de materiële mogelijkheid om de misdaden te voorkomen (of de daders te bestraffen)?

161. Het hof benadrukt dat vaststelling van 'effective control' slechts kan geschieden met inachtneming van de tijdstippen waarop de onderliggende strafbare feiten zijn gepleegd. Er moet immers 'effective control' zijn ten tijde van de door de ondergeschikten gepleegde strafbare feiten(36) in casu - gelet op de door [slachtoffer1 en 3] genoemde detentieperiode - in de periode van 1 december 1985 tot en met 1 juni 1986.

162. De verdachte heeft als getuige in de zaak RL 5051 tegen [betrokkene 3] en [betrokkene 2] op 8 september 2005 tegenover de rechter-commissaris onder meer verklaard dat hij weliswaar in hetzelfde gebouw kantoor hield als [betrokkene 2] maar geen inhoudelijke contacten met hem had. Ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep heeft de verdachte verklaard dat er tussen [betrokkene 2] en hem geen zakelijke relatie bestond, dat de taken van [betrokkene 2] niet tot die van hem behoorden en dat hij niet de taak had om [betrokkene 2] in de gaten te houden.

163. Dat de verdachte de bevoegdheid had om [betrokkene 2] te controleren, zoals ook de rechtbank heeft vastgesteld, kan naar het oordeel van het hof uit de hierboven genoemde getuigenverklaringen worden opgemaakt. Omtrent het vraagpunt van de 'effective control' acht het hof de volgende getuigenverklaringen van belang, voor zover hier zakelijk weergegeven.

i. De getuige [betrokkene 2]

164. De getuige [betrokkene 2] heeft in zijn eerdergenoemde verhoor



tegenover de rechter-commissaris van 10 en 11 maart 2008 verklaard dat hij in zijn werk met de verdachte te maken had. Volgens hem stond de verdachte als plaatsvervanger boven hem en werden alle brieven naar andere instanties getekend door de Rais (het hof begrijpt: [betrokkene 3]) of diens plaatsvervangers. Als de Rais er niet was, mocht de plaatsvervanger hem instructies of een taak geven. In geval van problemen legde hij deze voor aan de plaatsvervanger.

Hij verklaarde voorts dat de plaatsvervanger de bevoegdheid had om hem opdracht te geven martelingen uit te zoeken of te stoppen. Daar staat tegenover dat [betrokkene 2] niets heeft verklaard dat erop wijst dat hij ooit van de verdachte enige opdracht heeft gekregen in het kader van zijn werkzaamheden als hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor, hetgeen een contra-indicatie is voor 'effective control'.(37)

ii. De getuige [betrokkene 7]

165. Op 6 september 2006 heeft [betrokkene 7], als gezegd, verklaard dat het hoofd van de MID, diens plaatsvervanger en het hoofd van de afdeling verhoor in een driehoeksoverleg de dossiers met bewijsmateriaal over personen die propaganda maakten en daarmee het personeel van de eenheid ontmoedigden, coördineerden. Zij bespraken ook te nemen maatregelen, zoals het arresteren van de persoon in kwestie. [betrokkene 7] verklaarde voorts dat de plaatsvervangers, wettelijk gezien, de arrestatiebevelen moesten tekenen als [betrokkene 3] er niet was en dat de plaatsvervangers en het hoofd van de afdeling verhoor nauw samenwerkten. Het was volgens [betrokkene 7] niet zo dat de plaatsvervangers niets te doen hadden als het hoofd er niet was.

Het hoofd van de afdeling verhoor stelde het hoofd van de MID en zijn plaatsvervanger op de hoogte van de vorderingen van het verhoor van een arrestant. Het was wel mogelijk dat het hoofd van de MID en zijn plaatsvervangers bij het verhoor van een arrestant aanwezig waren. De getuige gaf aan niet te weten óf het hoofd van de MID controle hield over de omstandigheden waaronder de arrestanten daar verbleven.

iii. De getuige [betrokkene 12]

166. Dat de verdachte uit hoofde van zijn functie van (een van de) plaatsvervanger(s) van het hoofd van de MID ook de taak had om [betrokkene 2] te controleren, zou kunnen worden afgeleid uit de ten overstaan van de rechter-commissaris afgelegde verklaringen van [betrokkene 12], die volgens zijn verklaring in de periode tussen 1359 (1980) en 24 Jawza 1364 (14 juni 1985) werkzaam was bij de MID in Kabul. Deze getuige heeft tegenover de rechter-commissaris op 27 februari 2007 verklaard dat de verdachte het hoofd was van [betrokkene 2] en hem instructies gaf en dat de verdachte toezicht hield op verhoren waarbij ook mensen werden gemarteld. Blijkens zijn verklaring doelt deze getuige daarbij in het bijzonder op de rol van

de verdachte bij de verhoren van een tiental arrestanten die naar aanleiding van een bomaanslag op de luchthaven in 1363 (1984/1985) waren aangehouden.

Anders dan in zijn verklaring van 2 juni 2005 tegenover de politie in de zaak RL5051, waarin hij zegt dat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] verantwoordelijk waren voor deze verhoren, verklaart [betrokkene 12] in bovengenoemd verhoor tegenover de rechter-commissaris dat de verdachte de leiding had over de verhoren van deze arrestanten.

iv. De getuige [betrokkene 4]

167. Deze verklaring vindt steun in die van de eerdergenoemde getuige [betrokkene 4] op 31 januari 2008 tegenover de rechter-commissaris inhoudende dat de verdachte zich eventueel met verhoren kon bemoeien indien de directeur hem instructies zou hebben gegeven of een overleg met een adviseur of officier van justitie zou hebben gehad. [betrokkene 4] verklaarde tenslotte dat hij gezien had dat de verdachte soms één of twee keer per week het kantoor van zijn Modir, [betrokkene 2], binnenging. Hij memoreerde meer in het bijzonder eveneens de gebeurtenis rond een luchtaanval in Kabul in 1983, waarbij een groot aantal slachtoffers viel. Met betrekking tot de gebeurtenissen die volgden op die bomaanslag, zoals het aanhouden en overbrengen van verdachten naar het Moderiat onderzoek en verhoor, verklaarde hij dat bij deze zaak de plaatsvervangers een rol hebben gespeeld. Hij verklaarde zelf indertijd in het gebouw van het Moderiat onderzoek/verhoor te hebben gewerkt en er zelf getuige van te zijn geweest dat de verdachte, die kantoor hield naast het kantoor van het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor, [betrokkene 2], diens kantoor binnenkwam. Er waren, naast ander personeel, ook 10 à 11 verhoorders aanwezig.

v. De getuige [betrokkene 5]

168. Met betrekking tot het controleren door de verdachte van [betrokkene 2] heeft eerdergenoemde getuige [betrokkene 5] tegenover de rechter-commissaris op 6 februari 2007 verklaard dat de verdachte tot plaatsvervangend directeur van de MID was benoemd met het doel om de Khalqi's, onder wie [betrokkene 2], in de gaten te houden.

169. De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep beaamd dat hij als enige van de plaatsvervangers zijn werkkamer in hetzelfde gebouw op het terrein van de MID had als het hoofd van de afdeling onderzoek en verhoor [betrokkene 2]; de werkkamers bevonden zich zelfs op dezelfde gang. Dit laatste is ten overstaan van de rechter-commissaris ook bevestigd door de bewaker, schoonmaker en chauffeur van de verdachte, [betrokkene 22]. Deze getuige, die in de periode voordat de verdachte naar Kunduz werd overgeplaatst enkele maanden als bewaker en chauffeur van de verdachte werkzaam was, heeft op 6 maart 2007 tegenover de rechter-commissaris verklaard dat er sprake was van geschillen tussen de verdachte en [betrokkene 2]. De oorzaak van deze geschillen was volgens deze getuige het feit dat verdachte en

[betrokkene 2] tot twee verschillende fracties behoorden. Hoewel zij beiden een kamer op dezelfde gang hadden, gingen zij niet bij elkaar langs en daaruit bleek dat ze geen goede relatie hadden, aldus deze getuige.

170. Met de inhoud van deze verklaringen is de vraag of de verdachte uit hoofde van zijn functie ook de taak had om [betrokkene 2] te controleren nog niet overtuigend beantwoord. Immers de getuige [betrokkene 12], die indertijd een medewerker was van afdeling 2, baseert zich slechts op wat hij heeft waargenomen bij gebeurtenissen in 1984, bijna anderhalf jaar vóór de tenlastegelegde gebeurtenissen, [slachtoffer1 en 3] betreffende. Met de rechtbank constateert het hof voorts dat slechts de hiervoor genoemde [betrokkene 12] verklaart dat de verdachte tijdens verhoren instructies heeft gegeven aan [betrokkene 2].

171. Het hof zal echter geen bewijswaarde aan deze verklaring toekennen nu deze niet alleen op zichzelf staat maar bovendien kennelijk betrekking heeft op gebeurtenissen die buiten de tenlastelegging vallen. Hetzelfde geldt voor de getuigenis van [betrokkene 4] die verdachtes specifieke bemoeienis met betrekking tot een gebeurtenis uit 1983 beschrijft. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de waarde van de verklaring van [betrokkene 5] over de taak van de verdachte [betrokkene 2] in de gaten te houden. Uit een dergelijke meer spionerende opdracht - als daarvan al sprake was - vloeit niet per definitie voort dat de verdachte ook tot taak had [betrokkene 2] te controleren op andere zaken dan zijn loyaliteit, laat staan dat daarmee is komen vast te staan dat de verdachte als meerdere ook 'effective control' had over het handelen van [betrokkene 2] en anderen voorafgaande en ten tijde van het plegen van de tenlastegelegde gedragingen. Daar komt bij dat de verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg nog heeft gewezen op de ook door het hof niet onaannemelijk geachte mogelijkheid dat bij de verhoren van getuigen, welke alle door tussenkomst van een tolk zijn geschied, onvoldoende oog is geweest voor het onderscheid tussen de 'afdeling onderzoek en verhoor' en de verhoorruimtes.

172. Ook het enkele feit dat de getuige [betrokkene 3] in zijn meergenoemde verklaring bij de rechter-commissaris van 7 februari 2007 heeft aangegeven dat het zou kunnen zijn dat de verdachte wel eens bij de verhoorruimtes van de afdeling onderzoek en verhoor langs is geweest, dat de getuigen [betrokkene 5], [betrokkene 6] en [betrokkene 7] hebben verklaard dat de verdachte krachtens zijn positie de verhoren van de arrestanten door medewerkers van de afdeling onderzoek en verhoor mocht bijwonen en afnemen en dat volgens de verklaringen van de getuige [betrokkene 23] van 24 mei 2006 hij na zijn arrestatie door de MID op 29 oktober 1364 (hof: 1985) door de onderdirecteur van de Khad, een zekere [betrokkene 24], is geslagen, kan niet tot vorenstaande conclusies leiden.

173. Het hof stelt vast dat het procesdossier onvoldoende informatie bevat voor de vaststelling dat de verdachte een zodanige positie had

dat hij daadwerkelijk in staat was om veranderingen aan te brengen in de structuur van de MID, inclusief het stoppen van martelingen en andere misdaden tegen de menselijkheid. Het voorafgaande geldt ook voor de vraag in hoeverre de verdachte de bevoegdheid had [betrokkene 2] en zijn verhoorders te bestraffen, te arresteren, te ontslaan of te vervangen, eveneens factoren die van belang kunnen zijn om vast te stellen dat er sprake was van 'effective control'.

174. Het hof heeft hierboven vastgesteld, dat tussen de verdachte -als (tweede) plaatsvervanger van [betrokkene 3]- en [betrokkene 2] en zijn medewerkers een gezagsrelatie bestond. Als eveneens eerder door het hof vastgesteld, zijn [slachtoffer1 en 3] slachtoffer geweest van geweldplegingen van de zijde van [betrokkene 2] cum suis in de tenlastegelegde periode, die vallen onder de bepaling van artikel 8 WOS. Ten aanzien van de tijdstippen waarop zulks is geschied, ontbreken gedetailleerde gegevens. Evenmin zijn gegevens bekend geworden over de periodes waarin of de tijdstippen waarop de verdachte, naast zijn taak als modir van de afdeling inlichtingen van de MID, zijn taak als tweede plaatsvervanger van [betrokkene 3] daadwerkelijk heeft uitgevoerd of diende uit te voeren. Er is geen bewijs voorhanden, waaruit het hof met voldoende zekerheid kan opmaken, dat de gezagsverhouding tussen de verdachte en [betrokkene 2] cum suis inhield dat de verdachte te allen tijde, ook bij aanwezigheid van [betrokkene 3], bedoeld gezag kon uitoefenen en/of de taak had zulks te doen.

175. Tevens ontbreken in de onderhavige zaak gegevens omtrent de bekendheid van de verdachte met de aanwezigheid ter plaatse van voornoemde slachtoffers, omtrent zijn bekendheid met hun verhoren of de tijdstippen daarvan en omtrent hun bereidheid aan het onderzoek deel te nemen. In het dossier bevinden zich, als eerder overwogen, aanwijzingen dat er bij de MID gemarteld werd en dat de verdachte daarvan op de hoogte was. Die algemene omstandigheid is echter, gelet op voormeld gebrek aan gegevens van feitelijke aard en gelet op hetgeen het hof hiervoor in algemene zin omtrent de bewijswaardering en omtrent de relevante getuigenverklaringen heeft overwogen, onvoldoende voor de noodzakelijke vaststelling, dat de verdachte ten tijde van de tenlastegelegde misdaden, daadwerkelijk in de positie verkeerde dat hij 'effective control' te dien aanzien kon uitoefenen. Daarmee is niet voldaan aan één van de vereisten voor de vaststelling dat de verdachte als meerdere aansprakelijk kan worden gesteld voor de tenlastegelegde schendingen van het internationale humanitaire recht. Naar het oordeel van het hof kan dan ook niet worden bewezen, dat de verdachte opzettelijk heeft toegelaten, dat (een) aan hem ondergeschikte(n) feiten als bedoeld in artikel 8 WOS heeft/hebben begaan en dient hij van het hem onder feit 2 tenlastegelegde te worden vrijgesproken.

176. Het hof laat gezien deze vaststelling het verweer van de verdediging dat de Russische adviseurs de formele bevelsstructuur binnen de MID substantieel hadden doorkruist onbesproken.

177. Bij deze stand van zaken ten aanzien van feit 1 en feit 2 komt het hof aan de bespreking van het bestanddeel 'opzet', al dan niet in voorwaardelijke vorm, en andere resterende verweren en standpunten over de bewijsvraag niet (meer) toe."

19. Dan volgt thans de bespreking van de vier onderdelen van het middel. In het middel onder a) wordt erover geklaagd dat het Hof het leerstuk van de 'command responsibility' niet op juiste wijze heeft toegepast door als voorwaarde te stellen dat het tot de taak van de verdachte behoorde om de afdeling onderzoek en verhoor van de MID te controleren op het voorkomen van martelingen zoals die onder 2 zijn tenlastegelegd.

20. In de toelichting wordt ingegaan op het onderscheid dat het Hof maakt tussen bevoegdheid en taak. Zo spreekt het Hof in rechtsoverweging 160 over 'bevoegdheid'; in rechtsoverweging 170-172 over 'taak'; in rechtsoverweging 173 over 'positie'; en in rechtsoverweging 174 weer over 'taak'. Gesteld wordt dat het dus om de vraag gaat of het Hof hier terecht een scherp onderscheid heeft gemaakt tussen bevoegdheid en taak. Het Hof zegt eigenlijk: de verdachte had weliswaar de bevoegdheid om, als martelingen plaatsvonden, in te grijpen en deze te stoppen, maar nu de controle op de wijze van verhoor door de afdeling onderzoek en verhoor van de MID niet tot zijn taak behoorde, kan geen sprake zijn van 'effective control'. De vraag dient onder ogen te worden gezien of voor het bestaan van 'effective control' wel als voorwaarde kan worden gesteld dat de bevoegdheid waarom het hier gaat tot het takenpakket van de verdachte behoorde. Van belang is hierbij volgens de toelichting op het middel de uitleg van de woorden 'material ability to prevent'. 'Ability' zou kunnen worden vertaald als: vermogen of macht. De meerdere moet materieel (feitelijk) in staat of bij machte zijn om de martelingen te stoppen, waarbij alle relevante feiten en omstandigheden, waaronder de taakomschrijving van de verdachten, moeten worden betrokken. Onder verwijzing naar het bepaalde in art. 86, tweede lid van het Eerste Protocol bij de Verdragen van Genève betoogt de steller van het middel dat iedere militaire meerdere onder internationaal recht de plicht heeft in te grijpen als hij aanwijzingen heeft dat een ondergeschikte een internationaal misdrijf pleegt, heeft gepleegd of gaat plegen. Of de ondergeschikte die een internationaal misdrijf pleegt in de uitoefening van taken waarvan de controle specifiek is opgedragen aan de meerdere, is niet van doorslaggevend belang. De enige vragen zijn (na vaststelling van de gezagsrelatie): heeft de meerdere aanwijzingen voor het misdrijf en heeft hij feitelijk de mogelijkheid om er iets aan te doen? Betoogd wordt dat de taakomschrijving van de meerdere niet bepalend is. Door als extra voorwaarde te stellen dat de controle op de afdeling onderzoek en verhoor van de MID tot de taak van verdachte had moeten behoren zou het Hof een geheel eigen koers zijn gaan varen en heeft het Hof zich niet beperkt tot de vraag of de door het Hof als vaststaand aangemerkte feiten de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van 'material ability to prevent'.