

VU Research Portal

De betekenis van het dossier J.A. Poch voor het Nederlandse strafrecht

Rozemond, N; van der Wilt, H.G.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht
2021

DOI (link to publisher)

[10.5553/NTS/266665532021002003005](https://doi.org/10.5553/NTS/266665532021002003005)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N., & van der Wilt, H. G. (2021). De betekenis van het dossier J.A. Poch voor het Nederlandse strafrecht. *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht*, 2(3), 149-162. Article 2021/42.
<https://doi.org/10.5553/NTS/266665532021002003005>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Artikel

De betekenis van het dossier J.A. Poch voor het Nederlandse strafrecht

Over de vervolging van internationale misdrijven, de nationaliteitsexceptie, het legaliteitsbeginsel en de verkapte uitlevering

Mr. dr. N. (Klaas) Rozemond en prof. mr. dr. H.G. (Harmen) van der Wilt*

NTS 2021/42

1. Inleiding: knelpunten in de zaak van Poch

De zaak van de voormalige piloot Julio Poch van Transavia heeft in Nederland veel stof doen opwaaien. Poch werd ervan verdacht als piloot betrokken te zijn geweest bij de doodsvluchten in Argentinië tijdens de militaire dictatuur van 1976 tot 1983, waarbij politieke tegenstanders van het regime uit vliegtuigen werden gegooid. De verdenking tegen Poch leidde ertoe dat Nederland in 2009 aan Argentinië de gegevens verstreekte over de laatste vlucht van Poch als piloot van Transavia naar Spanje. Op grond van die gegevens kon hij op 22 september 2009 in Spanje worden aangehouden, waarna hij door Spanje aan Argentinië werd uitgeleverd.

Poch werd na acht jaar in 2017 in Argentinië vrijgesproken van betrokkenheid bij de doodsvluchten en keerde terug naar Nederland waar hij een claim van 5 miljoen

euro indiende bij de Nederlandse staat. Op dit moment loopt de schadevergoedingsprocedure bij de rechtbank Rotterdam.¹ In Argentinië loopt de strafzaak ook nog, omdat de Argentijnse officier van justitie in hoger beroep is gegaan tegen de vrijspraak. Een Nederlandse onderzoekscommissie bestaande uit Ad Machielse en Egbert Myjer (de Commissie Dossier J.A. Poch) concludeerde dat de Nederlandse staat door het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië niet onrechtmatig heeft gehandeld. In dit geval was volgens de commissie sprake van verplichte rechtshulp op grond van artikel 9 van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en ontorende behandeling of bestraffing, New York, 10 december 1984 (het Folteringverdrag).²

Vanuit de rechtswetenschap lokte het rapport van de commissie kritiek uit.³ Er werden Kamervragen gesteld over de kritische opmerkingen van de rechtsgeleerden, waarop de Minister van Justitie antwoordde dat hij geen aanleiding zag om iets toe te voegen aan de conclusies van de Commissie Dossier J.A. Poch.⁴ De betrokken

* Mr. dr. N. Rozemond is universitair hoofddocent strafrecht Vrije aan de Universiteit Amsterdam. Prof. mr. dr. H.G. van der Wilt is hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1. 'De officier van justitie verzoon een list om Poch toch te kunnen uitleveren', *NRC Handelsblad* 14 januari 2021.
2. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/01/tk-bijlage-rapport-commissie-dossier-j-a-poch>.
3. Aan de kritische discussie namen deel Van der Wilt, Rozemond, Glerum, Nollkaemper en Sluiter. Zie Eric Arends, 'Strafrechtdeskundigen: "Minister en onderzoekscommissie trekken onjuiste conclusie in zaak-Poch"', <https://www.vpro.nl/argos/lees/onderwerpen/julio-poch/2021/minister-en-onderzoekscommissie-trekken-onjuiste-conclusie-in-zaak-poch.html>.
4. Aanhangsel van de Handelingen, Tweede Kamer 2020/21, nr. 2100.

zaaksofficier Ward Ferdinandusse en de commissieleden Machielse en Myjer zagen daartoe echter wel aanleiding en reageerden in het *Nederlands Juristenblad* op de kritiek. Wij repliceerden daarop en de zaaksofficier en de commissieleden plaatsten daarbij naschriften.⁵ In onze repliek betoogden wij dat de discussie tot nu toe onbevredigend was verlopen, omdat in het rapport van de commissie en de reacties daarop een aantal principiële kwesties niet of onvoldoende waren uitgewerkt. Er is daarom wel aanleiding om het rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch op de belangrijkste juridische knelpunten aan te vullen en dat willen wij in dit artikel doen.⁶

Dat zal ook moeten worden gedaan door de civiele rechter die over de schadeclaim van Poch oordeelt. Daarbij zal de rechtbank ook moeten ingaan op de wijze waarop de Commissie Dossier J.A. Poch onderzoek heeft gedaan. De wijze van onderzoek door de commissie kan op rechtmatigheid worden getoetst, waarbij vooral het beginsel van hoor en wederhoor relevant is. De commissie heeft wel de zaaksofficier gehoord en volgt zijn standpunt in haar oordeel over de rechtmatigheid van de verleende rechtshulp, maar de commissie heeft Poch en zijn raadsman niet gehoord. Het schenden van het beginsel van hoor en wederhoor kan tot de conclusie leiden dat het onderzoek van de commissie onrechtmatig is geweest jegens Poch.⁷ In dit artikel gaan wij niet in op de onrechtmatigheid van het onderzoek en het rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, hoewel dat onderzoek en rapport een gebrek vertonen dat de zaak van Poch ook al vertoonde in 2009: het wel horen van de zaaksofficier en het niet horen van Poch en zijn raadsman. Daardoor versterkt de commissie het vermoeden van onrechtmatig handelen jegens Poch, wat een ondersteunend argument voor de civiele rechter zou kunnen zijn om de schadeclaim van Poch tegen de Nederlandse staat toe te wijzen.

Wij gaan in dit artikel wel in op de vraag of Nederland verplicht was om rechtshulp aan Argentinië te verlenen door het verstrekken van de gegevens van de laatste vlucht van Poch naar Spanje. Die vraag hangt nauw samen met de vraag waarom Nederland geen medewerking aan vervolging in Argentinië kon verlenen door aanhouding van Poch in Nederland en uitlevering aan Argentinië. Het argument daarvoor is dat Poch vanwege zijn Nederlandse nationaliteit niet door Nederland aan Argentinië kon worden uitgeleverd. Door het verlenen

van rechtshulp in de vorm van het verstrekken van de vluchtgegevens konden Poch en zijn raadsman geen verweren tegen uitlevering voeren op grond van het Nederlanderschap van Poch. Daardoor is het vermoeden ontstaan van verkapte uitlevering van Poch via Spanje, waardoor Nederland de belangrijkste weigeringsgrond voor uitlevering kon omzeilen.

Bovendien doet zich bij beide vormen van medewerking (rechtshulp en uitlevering) de vraag voor of het legaliteitsbeginsel een belemmering was voor Nederlandse medewerking aan vervolging van Poch in Argentinië. De vervolging in Argentinië was gebaseerd op de Argentijnse strafbaarstelling van foltering die volgens de Commissie Dossier J.A. Poch met terugwerkende kracht van toepassing is op de doodsvluchten. Het is de vraag of dat in overeenstemming is met het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr, artikel 16 Grondwet en artikel 7 EVRM. Ook hierover konden Poch en zijn raadsman geen verweer voeren in een uitleveringsprocedure in Nederland. Die vraag zal wel door de Nederlandse civiele rechter moeten worden beantwoord en door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wanneer de Nederlandse rechter de schadeclaim van Poch afwijst en Poch bij het Hof een klacht tegen Nederland indient.

Opmerkelijk is dat de onderzoekscommissie in haar rapport niet op deze kwesties ingaat en ook niet op de beletselen die nog steeds in het Nederlandse strafrecht bestaan, waardoor dit soort zaken zich ook in de toekomst kunnen voordoen.⁸ Die beletselen bestaan uit de onmogelijkheid om in bepaalde gevallen verdachten in Nederland te vervolgen voor foltering die vóór de inwerkingtreding van de Nederlandse strafbaarstelling van foltering is begaan en de onmogelijkheid om in bepaalde gevallen Nederlanders uit te leveren aan andere staten in verband met internationale misdrijven. Dat laatste probleem zou zich opnieuw kunnen voordoen wanneer Poch in hoger beroep wordt veroordeeld in Argentinië.

In de zaak van Poch konden deze beletselen worden verheld door het toevallige gegeven dat Poch piloot was en op de allerlaatste vlucht voor zijn pensioen kon worden aangehouden in Spanje. Zonder die toevalligheid zou Poch zich als verdachte van foltering in Nederland hebben bevonden en had Nederland wellicht geen bijdrage kunnen leveren aan vervolging van Poch voor foltering. Het rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch bevat geen conclusies of aanbevelingen op dit punt, hoewel uit dat rapport wel blijkt dat het Nederlandse

5. W. Ferdinandusse, 'Foltering vóór het Folteringverdrag', *NJB* 2021/794; A. Machielse & E. Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', *NJB* 2021/909; H. van der Wilt en N. Rozemond, 'Het betwistbare rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch', *NJB* 2021/1228, met naschriften van Ferdinandusse (*NJB* 2021/1229) en Machielse en Myjer (*NJB* 2021/1230).

6. Met veel dank aan Vincent Glerum voor zijn kritische commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

7. Rb. Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:759 over de onrechtmatigheid van het onderzoek en het rapport van de Onderzoekscommissie Openbaar Ministerie tegenover een oud-hoofdofficier van Justitie waarbij gemaakte fouten bij hoor en wederhoor een belangrijke rol speelden.

8. De onderzoeksopdracht van de commissie strekte zich niet uit tot deze kwesties (Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 24), maar de commissie heeft die opdracht ruimer opgevat dan zij was geformuleerd (onderzoek naar de feitelijke gang van zaken) en zij heeft ook uitspraken gedaan over de juridische toelaatbaarheid van de verleende rechtshulp (Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 107-123). Uit die ruime taakopvatting van de commissie zelf volgt dat zij ook uitspraken had moeten doen over de juridische tekortkomingen van het Nederlandse strafrecht en de verleende rechtshulp.

strafrecht op specifieke punten tekortschoot in de zaak van Poch en die tekortkomingen nog steeds niet zijn gerepareerd. Daarvoor was in 2009 de toenmalige Minister van Justitie verantwoordelijk en de tekortkomingen vallen nu onder de verantwoordelijkheid van de huidige Minister van Justitie.

De belangrijkste conclusie van ons betoog is dat Nederland in dit geval niet verplicht was om rechtshulp te verlenen in de vorm van het verstrekken aan Argentinië van de gegevens over de laatste vlucht van Poch naar Spanje. Een tweede conclusie van ons betoog is dat in dit geval mogelijk wel weigeringsgronden van toepassing waren voor het uitleveren van Poch en ook voor het verlenen van rechtshulp aan Argentinië. Die mogelijke weigeringsgronden waren gebaseerd op de verjaring van moord in Argentinië, de Nederlandse nationaliteit van Poch, fundamentele beginselen van Nederlands strafrecht (het legaliteitsbeginsel) en mensenrechten (art. 5 en 7 EVRM). Deze weigeringsgronden hadden in 2009 door een onafhankelijke rechter moeten worden beoordeeld en die onafhankelijke rechter was toen de uitleveringsrechter. Nederland had er daarom voor moeten kiezen om Poch op grond van de Argentijnse uitleveringsverzoeken aan te houden ter beoordeling door de uitleveringsrechter van de weigeringsgronden waarop Poch zich had kunnen beroepen.

2. Waarom geen vervolging in Nederland?

De zaak van Poch wordt gekleurd door het bijzondere feit dat tussen Nederland en Argentinië een uitleveringsverdrag uit 1893 geldt op grond waarvan Nederlanders niet kunnen worden uitgeleverd aan Argentinië. Deze dwingende weigeringsgrond is opgenomen in artikel 3 van het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Argentijnse Republiek tot wederzijdse uitlevering van misdadigers, Buenos Aires, 7 september 1893. Dat deze bepaling een belemmering vormde (en nu nog steeds vormt) voor uitlevering van Poch, was ook de opvatting van de Minister van Justitie Hirsch Ballin in 2009. Op grond van deze opvatting werden twee opeenvolgende uitleveringsverzoeken van Argentinië niet in behandeling genomen door de minister.⁹

Het is de vraag of deze opvatting over de onmogelijkheid van uitlevering vanwege het Nederlanderschap van Poch juist is (daarop gaan wij hierna in). Uit deze opvatting volgde echter wel dat vanuit Nederlands perspectief twee opties overbleven: vervolging van Poch in Nederland of verlening van rechtshulp door het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië. Nederland had rechtsmacht over de feiten waarvan Poch werd verdacht op grond van zijn Nederlanderschap (zie het huidige

art. 7 lid 1 Sr en art. 5 (oud) Sr). Die feiten waren echter al verjaard in 2009. Op grond van artikel 70 (oud) Sr verjaarde moord na achttien jaar en dat was in het geval van Poch in 2001. Weliswaar is daarna de verjaringstermijn voor moord afgeschaft (zie het huidige art. 70 lid 2 Sr), maar dat geldt niet voor feiten die op het moment van afschaffing van de verjaringstermijn al waren verjaard.¹⁰

In 1989 werd foltering in Nederland strafbaar gesteld in artikel 1 Uitvoeringswet folteringverdrag. Sinds 2003 staat de strafbaarstelling van foltering in artikel 8 Wet internationale misdrijven (WIM). Uit het Bouterse-arrest van de Hoge Raad blijkt echter dat deze strafbaarstelling niet met terugwerkende kracht kan worden toegepast op folteringen die vóór de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet folteringverdrag zijn gepleegd. Dat zou volgens de Hoge Raad in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr en artikel 16 Grondwet. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat het Folteringverdrag of een ander verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie ook niet verplicht tot strafbaarstelling van foltering met terugwerkende kracht.¹¹

Het Bouterse-arrest liet de mogelijkheid open dat er wel een verplichting van internationaal gewoonterecht bestaat om foltering met terugwerkende kracht strafbaar te stellen, maar de Hoge Raad kon daar vanwege artikel 94 Grondwet geen uitspraak over doen. Toetsing van Nederlandse wetgeving is op grond van deze bepaling wel mogelijk aan rechtstreeks werkende verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, maar niet aan internationaal gewoonterecht.¹² De Hoge Raad sloot daarmee niet uit dat de Nederlandse wetgever nadrukkelijk zou kunnen bepalen dat de strafbaarstelling van foltering terugwerkende kracht heeft. In het Bouterse-arrest gaat de Hoge Raad verder niet in op deze mogelijkheid en de Nederlandse wetgever heeft na het Bouterse-arrest in het internationale gewoonterecht ook geen dwingende reden gezien om de strafbaarstelling van foltering terugwerkende kracht te verlenen in artikel 8 WIM. Kennelijk is de Nederlandse wetgever van mening dat er geen dwingende norm van internationaal strafrecht bestaat op grond waarvan foltering met terugwerkende kracht strafbaar moet worden gesteld.

De onmogelijkheid om Poch in Nederland te vervolgen voor zijn betrokkenheid bij de doodsvluchten werd dus door twee bijzonderheden van het Nederlandse strafrecht veroorzaakt: de (inmiddels opgeheven) verjaringstermijn van moord en zware mishandeling en het ontbreken van terugwerkende kracht van de Nederlandse strafbaarstelling van foltering. Daardoor is een leemte in de Nederlandse strafwetgeving ontstaan: de folteringen die voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Uitvoe-

9. Uit het rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch blijkt niet dat de minister deze twee uitleveringsverzoeken formeel heeft afgewezen op grond van art. 20 lid 1 Uitleveringswet.

10. HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2013, NJ 2014/204 m.nt. N. Rozemond.

11. R.o. 4.5 en 4.6 in HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002, 559.

12. R.o. 4.4.1, 4.4.2 en 4.5 in HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002, 559.

ringswet folteringverdrag zijn gepleegd, kunnen niet op grond van deze wet of de WIM worden vervolgd, omdat deze wetten geen terugwerkende kracht hebben. Zij kunnen ook niet worden vervolgd op grond van commune strafbepalingen (moord, zware mishandeling) wanneer de feiten zijn gepleegd onder de oude verjaringsregeling van artikel 70 Sr en al waren verjaard voordat de verjaringstermijn werd opgeheven in artikel 70 Sr. De doodsvluchten vallen precies in deze specifieke categorie misdrijven die net als de Decembermoorden uit 1982 niet in Nederland kunnen worden vervolgd vanwege de verjaring na achttien jaar in 2000 (de Decembermoorden) en 2001 (de doodsvluchten).

3. Waarom geen uitlevering?

De verjaring van de feiten die zijn gepleegd tijdens de doodsvluchten is echter geen reden om uitlevering voor deze feiten te weigeren. Verjaring naar Nederlands recht is volgens artikel 3 onder 5° van het verdrag van 1893 en artikel 9 lid 1 onder e Uitleveringswet wel een dwingende weigeringsgrond voor uitlevering. De toepasselijkheid van die weigeringsgrond wordt echter beoordeeld aan de hand van het Nederlandse verjaringsrecht dat geldt op het moment waarop over een uitleveringsverzoek wordt beslist. In 2009 was de verjaringstermijn voor moord opgeheven en daarom leverde verjaring op grond van de Nederlandse rechtsopvattingen over verjaring die op dat moment golden geen weigeringsgrond op. Op dat moment gold op grond van artikel 70 lid 2 Sr geen verjaringstermijn voor moord. Aan de hand van de rechtsopvatting die uit deze bepaling blijkt, had de weigeringsgrond van artikel 3 onder 5° van het verdrag en artikel 9 lid 1 onder e Uitleveringswet moeten worden beoordeeld.¹³

Ook het gegeven dat deze feiten in de periode van 1976 tot 1983 niet strafbaar waren volgens de Nederlandse strafbepaling van foltering levert geen weigeringsgrond op voor uitlevering. Weliswaar is strafbaarheid naar Nederlands recht vereist, maar ook die strafbaarheid wordt net als de verjaring beoordeeld naar het moment waarop over het uitleveringsverzoek wordt beslist.¹⁴ In 2009 was foltering strafbaar gesteld in artikel 8 WIM en bovendien waren die feiten ook strafbaar op grond van de strafbepalingen inzake moord en zware mishandeling. Wat wel belemmeringen zijn voor vervolging in Nederland (voltooide verjaring, geen terugwerkende kracht van de strafbaarstelling van foltering) zijn in het geval van de doodsvluchten geen belemmeringen voor uitlevering.

Een bijzonder knelpunt is dat ook de verjaring naar Argentijns recht een weigeringsgrond is volgens artikel 3 onder 5° van het verdrag van 1893. Die verjaring

moet de uitleveringsrechter volgens de regels van het Argentijnse strafrecht beoordelen, zoals dat ook met de beoordeling van de strafbaarheid naar Argentijns recht ten tijde van het begaan van het misdrijf het geval is. Deze weigeringsgrond is niet in artikel 9 Uitleveringswet opgenomen, maar geldt wel op grond van het verdrag van 1893. Volgens Machielse en Myjer verjaren misdrijven tegen de menselijkheid niet in Argentinië.¹⁵ Het is echter niet duidelijk of dat naar Argentijns recht ook geldt voor een gewone moord. Het is niet uitgesloten dat moord in Argentinië net als in Nederland was verjaard in 2009. Vervolging zou dan slechts mogelijk zijn op grond van misdrijven tegen de menselijkheid of foltering als apart misdrijf en daarop was ook het Argentijnse uitleveringsverzoek gebaseerd dat op 28 augustus 2009 in Nederland werd ontvangen.¹⁶ Ten aanzien van deze misdrijven doet zich echter het probleem van terugwerkende kracht voor, waardoor uitlevering voor vervolging zou zijn uitgesloten op grond van de redenering uit het Bouterse-arrest (strijd met het legaliteitsbeginsel) en artikel 7 EVRM (daarop komen wij hierna nog terug).

Het verdrag van 1893 leverde in het geval van Poch nog een mogelijke weigeringsgrond op voor uitlevering: personen met de Nederlandse nationaliteit worden op grond van artikel 3 onder 1° van het verdrag niet uitgeleverd en Poch had naast de Argentijnse nationaliteit inmiddels ook de Nederlandse nationaliteit gekregen. Dat was in 2009 voor de Minister van Justitie de belangrijkste belemmering om Poch in Nederland te kunnen aanhouden op grond van de twee opeenvolgende Argentijnse uitleveringsverzoeken. Weliswaar was het tweede uitleveringsverzoek niet op het verdrag van 1893 gebaseerd, maar op artikel 8 Folteringverdrag, maar die bepaling is slechts van toepassing als verdragsgrondslag voor uitlevering wanneer de betrokken staten geen uitleveringsverdrag hebben (art. 8 lid 2 Folteringverdrag). Op grond van artikel 8 lid 1 Folteringverdrag wordt foltering als misdrijf echter geacht te zijn opgenomen in bestaande uitleveringsverdragen. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat bestaande verdragen zo moeten worden uitgelegd dat uitlevering voor foltering mogelijk is en dat daarmee ook rekening moet worden gehouden bij de uitleg van de weigeringsgronden in die verdragen.

Het is daarbij ook de vraag of de nationaliteitsexceptie van artikel 3 van het verdrag van 1893 wel van toepassing was en is op Poch. Hij heeft immers ook de Argentijnse nationaliteit en in zijn zaak ging het om een uitleveringsverzoek met betrekking tot een Argentijn die ervan werd verdacht in Argentinië op grond van Argentijns strafrecht misdrijven te hebben gepleegd jegens Argentijnen waardoor de Argentijnse rechtsorde ernstig is geschokt. Dat roept de vraag op waarom uitlevering

13. R.o. 3.4 en 3.5 in HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:201, *NJ* 2021/71, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

14. R.o. 3.4.2 in HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH8601.

15. Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 988-989.

16. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 91, Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 988-989.

van een Argentijn voor dergelijke feiten zou moeten afstuiten op zijn later verkregen Nederlandschap.

Het klassieke argument uit de negentiende eeuw voor het weigeren van de uitlevering van Nederlanders was dat zij niet mogen worden onderworpen aan de rechtspleging van een voor hen vreemde staat in een taal die ze niet spreken en verstaan en een cultuur en wetgeving die ze niet kennen. Ook de tenuitvoerlegging van de straf in een vreemde staat werd onwenselijk geacht vanwege de vereiste resocialisatie van Nederlanders tijdens hun detentie met het oog op hun terugkeer in de Nederlandse samenleving. Om die reden moet een Nederlander worden vervolgd in Nederland waar hij of zij wel de taal, de cultuur en het recht kent en waar hij of zij de opgelegde straf kan ondergaan met het oog op resocialisatie in Nederland.¹⁷ Die klassieke argumenten gaan echter niet op voor een Argentijn die in Argentinië misdrijven heeft gepleegd jegens andere Argentijnen. Poch is geboren en opgegroeid in Argentinië en kent de taal, de cultuur en het recht van Argentinië. Daarom gaat voor hem de klassieke strekking van de nationaliteitsexceptie niet op. Poch kon als Argentijns onderdaan in Argentinië terechtstaan voor in Argentinië gepleegde folteringingen op andere Argentijnse onderdanen, zoals dat uiteindelijk ook is gebeurd.

Waarschijnlijk is in 1893 geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat een onderdaan van de ene staat de nationaliteit van de andere staat verwerft en zich daardoor zou kunnen onttrekken aan vervolging in de ene staat waarvan hij of zij ook nog steeds onderdaan is. Door die mogelijkheid zou de andere staat een vluchthaven kunnen worden voor onderdanen van de ene staat. Het is moeilijk voorstelbaar dat dat inderdaad de bedoeling was van de nationaliteitsexceptie uit artikel 3 van het verdrag van 1893. Het is echter wel voorstelbaar dat dergelijke gevallen zich inderdaad zouden kunnen voordoen, bijvoorbeeld in omgekeerde richting: Nederlanders die na de Tweede Wereldoorlog naar Argentinië zijn gevlucht.¹⁸ Een bekend voorbeeld waarin verkregen nationaliteit een grote rol speelde, is de zaak van John Demjanjuk, die ervan werd verdacht als bewaker te hebben gewerkt in het vernietigingskamp Sobibor en daarom op 11 mei 2009 door de Verenigde Staten werd uitgeleverd aan Duitsland. Om de uitlevering mogelijk te maken hadden de Amerikaanse autoriteiten hem voor de tweede keer zijn Amerikaanse staatsburgerschap ontgenomen.¹⁹

17. A.H.J. Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, p. 285.

18. Een voorbeeld is Willem Sassen, de voormalige Nederlandse SS'er die in Argentinië in 1957 Adolf Eichmann interviewde over diens betrokkenheid bij de Holocaust. Zie hierover B. Stangneth, *Eichmann in Argentinië*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Atlas Contact 2012.

19. De eerste keer was in verband met uitlevering aan Israël waar Demjanjuk uiteindelijk zou worden vrijgesproken van de beschuldiging dat hij als bewaker in het vernietigingskamp Treblinka had gewerkt. Zie hierover L. Douglas, *The Right Wrong Man*, Princeton: Princeton University Press 2016.

Kennelijk hebben de Minister van Justitie en de betrokken ambtenaren (inclusief de zaakofficier) zich in september 2009 niet afgevraagd of dit juridische knelpunt ook aan de Nederlandse uitleveringsrechter moest worden voorgelegd: genaturaliseerde Nederlanders mogen niet van hun later verworven Nederlandschap profiteren als beletsel voor uitlevering aan Argentinië waar zij internationale misdrijven zouden hebben begaan terwijl zij ook onderdaan van Argentinië waren en dat nog steeds zijn. In een dergelijk geval zou de internationale verplichting tot uitlevering op grond van het Folteringverdrag van 1984 voorrang moeten hebben boven de nationaliteitsexceptie uit het uitleveringsverdrag van 1893. De Commissie Dossier J.A. Poch geeft een uitgebreid overzicht van internationale verplichtingen die sinds de Tweede Wereldoorlog zijn ontstaan ter bestrijding van ernstige mensenrechtenschendingen en internationale misdrijven. De commissie geeft dit overzicht ter ondersteuning van de verplichting om in het geval van Poch rechtshulp te verlenen door het verstrekken van de vluchtgegevens.²⁰ De door de commissie besproken verdragen (waaronder het Folteringverdrag) die na 1945 tot stand zijn gekomen, zijn echter ook een ondersteuning van de internationale verplichtingen om verdachten van ernstige mensenrechtenschendingen en internationale misdrijven uit te leveren. Deze internationale verplichtingen die na 1945 zijn ontstaan wegen zwaarder dan de nationaliteitsexceptie uit het verdrag van 1893.²¹

Machielse en Myjer zijn van mening dat bij dubbele nationaliteit *altijd* de nationaliteit van de aangezochte staat (in dit geval Nederland) geldt in verband met de nationaliteitsexceptie.²² Daarbij gaan zij echter niet in op het gegeven dat *in dit specifieke geval* de eerste nationaliteit van Poch die van de verzoekende staat Argentinië is, waardoor de klassieke strekking van de nationaliteitsexceptie uit de negentiende eeuw voor hem niet geldt.²³ In het geval van Poch zijn bovendien de door de Commissie Dossier J.A. Poch genoemde internationale

20. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 107-111.

21. Zie art. 30 lid 3 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969: 'Indien alle partijen bij het eerdere verdrag eveneens partij zijn bij het latere verdrag, zonder dat het eerdere verdrag beëindigd is of zijn werking is opgeschort krachtens artikel 59, is het eerdere verdrag slechts van toepassing in de mate waarin zijn bepalingen verenigbaar zijn met die van het latere verdrag.' Zie ook art. 31 lid 3 onder a en c van dit verdrag over latere overeenstemming tussen partijen inzake de toepassing van bepalingen uit een verdrag en de betekenis van volkenrechtelijke regels voor de uitleg van een verdrag, en art. 32 onder b over duidelijk ongerijmde of onredelijke resultaten van de uitlegging van een verdrag.

22. Zie hun naschrift (*NJB* 2021/2030), noot 1, met verwijzing naar Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, p. 288. Op de aangehaalde plaats gaat Swart echter niet in op het specifieke probleem dat de opgeëiste persoon eveneens de nationaliteit van de verzoekende staat heeft en ook niet op de vraag of de klassieke strekking van de nationaliteitsexceptie wel voor deze persoon geldt.

23. Er is een relevant verschil tussen de uitlevering aan Argentinië van een Nederlander met als eerste nationaliteit de Argentijnse en de uitlevering aan Argentinië van een Nederlander met als eerste nationaliteit de Duitse. In dat laatste geval gaan de klassieke bezwaren uit de negentiende eeuw tegen uitlevering aan Argentinië wel op, maar in het eerste geval niet.

verplichtingen na 1945 relevant voor de wijze waarop de nationaliteitsexceptie uit het verdrag van 1893 moet worden uitgelegd en toegepast.

Op grond van de Uitleveringswet van 1988 wordt de nationaliteitsexceptie ook niet langer erkend voor Nederlanders wanneer het uitleveringsverzoek de vervolging van een Nederlander in de verzoekende staat betreft. De Minister van Justitie kan op grond van artikel 4 lid 2 Uitleveringswet een Nederlander uitleveren onder de waarborg van de verzoekende staat dat de Nederlander na een veroordeling in de verzoekende staat naar Nederland kan terugkeren om zijn of haar straf te ondergaan. De strekking van deze bepaling is dat een Nederlander anders dan in de negentiende eeuw tegenwoordig wel in het buitenland moet kunnen worden vervolgd, maar in Nederland zijn straf moet kunnen ondergaan met het oog op zijn of haar resocialisatie in de Nederlandse samenleving. Uit het rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch blijkt dat de Minister van Justitie en de betrokken ambtenaren er in 2009 van uitgingen dat Argentinië niet een waarborg van terugkeer kon geven, omdat Nederland en Argentinië niet een verdrag hebben ter overbrenging van een veroordeelde Nederlander vanuit Argentinië naar Nederland.²⁴ Een dergelijk verdrag is op grond van artikel 2 Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnis wel vereist. Daardoor was uitlevering in overeenstemming met artikel 4 lid 2 Uitleveringswet niet mogelijk.

Ook hier kan de vraag worden gesteld of deze belemmering wel gold voor Poch. Op grond van artikel 14 lid 2 onder d Rijkswet op het Nederlanderschap kan de Minister van Justitie het Nederlanderschap ontnemen na een veroordeling voor een internationaal misdrijf. In een dergelijk geval is bij uitlevering een waarborg van terugkeer niet vereist vanwege het verlies van Nederlanderschap na een eventuele veroordeling in de verzoekende staat. Een Argentijnse dader van foltering heeft geen recht op terugkeer naar Nederland om hier zijn straf uit te zitten met het oog op zijn resocialisatie in de Nederlandse samenleving, omdat het verblijf van een veroordeelde Argentijnse folteraar in de Nederlandse samenleving na het uitzitten van zijn straf ongewenst is. Uit artikel 14 lid 2 onder d Rijkswet op het Nederlanderschap kan worden afgeleid dat Nederlanders met een dubbele nationaliteit geen bescherming verdienen op grond van hun Nederlanderschap wanneer zij voor een internationaal misdrijf worden veroordeeld. Ook deze redenering wordt ondersteund door de internationale verplichtingen voor Nederland tot bestrijding van ernstige mensenrechtenschendingen en internationale misdrijven.

Machielse en Myjer wijzen erop dat het huidige artikel 14 lid 2 onder d Rijkswet op het Nederlanderschap niet van toepassing is op feiten die vóór de inwerking-

trekking van deze wet in 2010 zijn gepleegd.²⁵ Op grond van artikel 14 lid 1 (oud) was het in 2009 echter wel mogelijk dat het Nederlanderschap werd ingetrokken op grond van verzwijging van relevante feiten bij de verkrijging van het Nederlanderschap en die verzwijging kon worden afgeleid uit een veroordeling voor foltering.²⁶ In het geval van Poch had dat kunnen betekenen dat de minister zijn Nederlanderschap na veroordeling in Argentinië had kunnen intrekken omdat Poch bij de verkrijging ervan had verzwegen dat hij betrokken was geweest bij de doodsvluchten.²⁷ Uit beide bepalingen kan in ieder geval worden afgeleid dat een veroordeling voor foltering wel relevant kan zijn voor de rechtsbescherming die een persoon op grond van zijn Nederlanderschap kan claimen.

De Minister van Justitie had in verband met een mogelijke veroordeling van Poch voor foltering in Argentinië kunnen afzien van het eisen van een waarborg voor terugkeer van Poch naar Nederland. Het argument daarvoor zou zijn geweest dat een dergelijke waarborg niet is vereist wanneer uitlevering wordt verzocht voor de vervolging op grond van een internationaal misdrijf en de opgeëiste persoon bovendien de nationaliteit van de verzoekende staat heeft. Dat argument kan worden versterkt met de internationale verplichtingen van Nederland om ernstige mensenrechtenschendingen en internationale misdrijven te bestrijden, waarop de Commissie Dossier J.A. Poch zo nadrukkelijk wijst.²⁸ Die internationale verplichtingen zijn ook relevant voor de rechtsvraag of een veroordeelde Nederlander naar Nederland moet kunnen terugkeren om zijn straf te ondergaan nadat hij als onderdaan van de verzoekende staat is veroordeeld voor internationale misdrijven die hij in die staat heeft begaan. Die rechtsvraag heeft de commissie niet gesteld en beantwoord en dat geldt ook voor de rechtsvraag of de klassieke strekking van de nationaliteitsexceptie wel gold in het geval van Poch.

Het Nederlanderschap van Poch was dus niet zonder meer een doorslaggevend argument om het Argentijnse uitleveringsverzoek niet aan de Nederlandse uitleveringsrechter voor te leggen. De zaakofficier had bij de uitleveringsrechter meerdere tegenargumenten kunnen

24. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 86-87.

25. Zie noot 3 in hun naschrift (*NJB* 2021/2030) en artikel II lid 3 Rijkswet op het Nederlanderschap van 17 juni 2010, *Stb.* 2010, 242.

26. Artikel 14 lid 1 Rijkswet op het Nederlanderschap luidde in 2009: 'Onze Minister kan de verkrijging of verlening van het Nederlanderschap intrekken, indien zij berust op een door de betrokken persoon gegeven valse verklaring of bedrog, dan wel op het verzwijgen van enig voor de verkrijging of verlening relevant feit. De intrekking werkt terug tot het tijdstip van verkrijging of verlening van het Nederlanderschap. De intrekking is niet mogelijk indien sedert de verkrijging of verlening een periode van twaalf jaar is verstreken. De derde volzin is niet van toepassing indien de betrokken persoon is veroordeeld voor een van de misdrijven als bedoeld in de Wet Oorlogsstrafrecht, de Uitvoeringswet folteringsverdrag en de Uitvoeringswet genocideverdrag.' Zie ook de huidige tekst van deze bepaling die in 2010 is aangepast.

27. Artikel 14 lid 1 Rijkswet op het Nederlanderschap werkt wel terug tot de verzwijging bij de verkrijging van het Nederlanderschap voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze bepaling (NV II, *Kamerstukken II* 1998/99, 25891 (R 1609), nr. 5, p. 23).

28. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 107-111.

aanvoeren waarom in het geval van Poch de nationaliteitsexceptie niet van toepassing was, waaronder ook de argumenten die kunnen worden ontleend aan internationale verplichtingen om ernstige mensenrechtenschendingen en internationale misdrijven te bestrijden. Het is mogelijk dat de uitleveringsrechter de argumenten van de officier van justitie had verworpen, maar dat stond niet bij voorbaat vast op grond van het verdrag van 1893, de Uitleveringswet en de internationale verplichtingen waarop de Commissie Dossier J.A. Poch wijst.

Het is juist opmerkelijk dat de zaakofficier en de commissie de nationaliteitsexceptie in het geval van Poch wel als een onoverkomelijke belemmering voor uitlevering beschouwen, want daardoor is óók de verleende rechtshulp aan Argentinië (het verstrekken van de vluchtgegevens) problematisch. Wanneer uitlevering niet mogelijk zou zijn geweest omdat Poch inderdaad niet aan vervolging en berechting in Argentinië had mogen worden blootgesteld vanwege zijn Nederlander-schap of een rechtmatig belang had bij een waarborg voor terugkeer naar Nederland, dan zou Nederland deze rechtmatige belangen van Poch welbewust hebben geschaad door de uitlevering van Poch via Spanje mogelijk te maken. Door die uitlevering via Spanje werd Poch immers wel als Nederlander aan berechting in een vreemde staat onderworpen en had hij na een veroordeling in die staat niet kunnen terugkeren naar Nederland om zijn straf te ondergaan. Op grond van die redenering was ook het verstrekken van de vluchtgegevens in strijd met de belangen van Poch die worden beschermd door artikel 3 van het uitleveringsverdrag van 1893 en artikel 4 lid 2 Uitleveringswet.

Wanneer de Nederlandse redenering voor het verstrekken van de vluchtgegevens is dat de beschermde belangen in verband met de nationaliteitsexceptie niet in het geding waren in het geval van Poch, dan had die redenering óók de doorslag moeten geven bij de uitleveringsrechter. De argumenten voor verlenen van rechtshulp in het geval van Poch zijn eveneens argumenten waarmee de veronderstelde belemmeringen voor uitlevering vanwege zijn Nederlanderschap kwamen te vervallen: artikel 3 onder 1° van het verdrag van 1893 was in zijn geval kennelijk niet van toepassing en artikel 4 lid 2 Uitleveringswet ook niet. Op grond van deze argumenten had Nederland wel rechtshulp kunnen verlenen door het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië, maar ook Poch kunnen aanhouden ter uitlevering. Poch mocht vanwege zijn Argentijnse nationaliteit wel worden onderworpen aan berechting in Argentinië en voor hem gold niet het vereiste van een waarborg voor terugkeer naar Nederland na een veroordeling wegens foltering in Argentinië. Als rechtshulp (verstrekken van gegevens) op grond van deze redenering wel was toegestaan, dan was uitlevering ook toelaatbaar geweest. En omgekeerd: als uitlevering niet was toegestaan vanwege de rechtmatige belangen van Poch als Nederlander, dan had ter bescherming van diezelfde belangen geen rechts-

hulp aan Argentinië mogen worden verleend door het verstrekken van de vluchtgegevens waardoor de belangen van Poch als Nederlander welbewust in gevaar werden gebracht.

4. Verplichting tot rechtshulp?

Volgens de Commissie Dossier J.A. Poch was Nederland op grond van artikel 9 Folteringverdrag wel verplicht om rechtshulp aan Argentinië te verlenen door het verstrekken van de vluchtgegevens. Dat volgt uit het feit dat Argentinië om uitlevering en rechtshulp verzocht op basis van het Folteringverdrag. De feiten uit de internationale signalering van Poch en uit het uitleveringsverzoek van Argentinië van 28 augustus 2009 hadden betrekking op foltering,²⁹ dat wil zeggen op mishandeling en executie met oogmerken zoals deze in artikel 1 Folteringverdrag zijn omschreven.³⁰ De commissie gaat echter niet in op de vraag in hoeverre de rechtmatige belangen van Poch als Nederlander welbewust in gevaar werden gebracht door deze rechtshulp aan Argentinië. In het licht van de mogelijkheid om Poch in Nederland aan te houden ter uitlevering was er ook geen sprake van een *verplichting* tot het verlenen van rechtshulp, maar van een *keuze* tussen rechtshulp en uitlevering. Uit het rapport van de commissie blijkt bovendien dat de Argentijnen aandrongen op het in behandeling nemen van het uitleveringsverzoek en op de aanhouding van Poch en dat de Nederlandse autoriteiten daaraan niet wilden meewerken en aanstuurden op rechtshulp.³¹ Rechtshulp was dus de eigen keuze van Nederland en niet de eis van Argentinië.

Los van deze eigen Nederlandse keuze voor rechtshulp is het de vraag of er inderdaad een verplichting bestond op grond van het Folteringverdrag om de vluchtgegevens aan Argentinië te verstrekken. Artikel 9 lid 1 Folteringverdrag bepaalt dat de staten elkaar 'de grootst mogelijke rechtshulp' verlenen en artikel 5.1.4 lid 2 Sv schrijft voor dat aan een rechtshulpverzoek op grond van een verdrag 'zoveel mogelijk' het verlangde gevolg wordt gegeven.³² Dit sluit niet uit dat ook bij een rechtshulpverzoek op grond van een verdrag rekening wordt

29. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 91, Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 988-989.

30. Art. 1 lid 1 Folteringverdrag luidt: 'Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder "foltering" verstaan iedere handeling waardoor opzettelijk hevige pijn of hevig leed, lichamelijk dan wel geestelijk, wordt toegebracht aan een persoon met zulke oogmerken als om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht deze te hebben begaan, of hem of een derde te intimideren of ergens toe te dwingen dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie van welke aard ook, wanneer zulke pijn of zulk leed wordt toegebracht door of op aanstichten van dan wel met de instemming of gedogen van een overheidsfunctionaris of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt. Foltering omvat niet pijn of leed slechts voortvloeiend uit, inherent aan of samenhangend met wettige straffen.'

31. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 91.

32. Zie ook art. 552k lid 1 (oud) Sv.

gehouden met de rechtmatige belangen van de betrokken persoon, zoals in het geval van Poch zijn belangen als Nederlands onderdaan. Nederland zal ook bij het verlenen van rechtshulp aan andere staten met de legitieme belangen van Nederlanders rekening moeten houden. Wanneer dat niet zou zijn vereist, zouden Nederlanders door rechtshulp van Nederland in buitenlandse gevangenschappen terecht kunnen komen zonder mogelijkheid van terugkeer naar Nederland om hun straf te ondergaan. In de zaak van Poch stelde Nederland hem welbewust bloot aan dat risico. Het is opmerkelijk dat de Commissie Dossier J.A. Poch over de toelaatbaarheid daarvan helemaal niets zegt in haar rapport. Bovendien zijn ook bij rechtshulpverzoeken wettelijke weigeringsgronden van toepassing, waarvan dreigende flagrante schending van het EVRM een dwingende weigeringsgrond is (art. 5.1.5 lid 3 Sv). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet rechtshulp worden geweigerd wanneer het verlenen van rechtshulp in strijd is met ‘fundamentele beginselen van Nederlands strafprocesrecht’, wat een veel ruimer criterium is dan dreigende flagrante schending van het EVRM.³³ Ook hierop gaat de Commissie Dossier J.A. Poch niet in.

De vraag die nu rijst is hoe de weigeringsgronden naar Nederlands recht zich precies verhouden tot de – veronderstelde – verplichting om rechtshulp te verlenen die voortvloeit uit het Folteringverdrag. Volgens het Bouterse-arrest verbieden artikel 1 Sr en artikel 16 Grondwet vervolging op basis van een strafbepaling met terugwerkende kracht.³⁴ Het legaliteitsbeginsel kan tot ‘de fundamentele beginselen van Nederlands strafprocesrecht’ worden gerekend.³⁵ Nu het Folteringverdrag – volgens het Bouterse-arrest – ook niet dwingt tot strafbaarstelling met terugwerkende kracht lijkt de zojuist opgeworpen vraag te zijn beantwoord. Nederland was in ieder geval niet verplicht om gehoor te geven aan het Argentijnse rechtshulpverzoek en mogelijkerwijze op grond van een fundamenteel beginsel van Nederlands strafprocesrecht zelfs gedwongen om te weigeren.

De combinatie van deze twee arresten³⁶ leidt tot de conclusie dat strafbaarstelling van foltering met terugwerkende kracht in strijd is met het Nederlandse legaliteitsbeginsel en dat het verlenen van rechtshulp voor vervolging op grond van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht daarom ook in strijd is met dit

fundamentele beginsel van Nederlands strafrecht. Als Poch niet in Nederland kan worden vervolgd voor foltering omdat dat in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel, kan Nederland ook geen rechtshulp aan een andere staat verlenen voor vervolging van Poch op grond van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht in die andere staat. Ook die rechtshulp is dan in strijd met de Nederlandse opvatting over het legaliteitsbeginsel.

De constatering dat, naar vaste jurisprudentie,³⁷ een uitleveringsverzoek moet worden beoordeeld aan de hand van het geldende recht op het moment dat het verzoek wordt gedaan doet daar niet aan af.³⁸ Binnen de systematiek van het Folteringverdrag zijn de verplichting om voor foltering te vervolgen en de verplichting om rechtshulp te verlenen onverbrekelijk met elkaar verbonden. Het verdrag roept een nieuw strafbaar feit in het leven, verplicht verdragspartijen ter zake van dat delict te vervolgen en verplicht andere verdragspartijen in dat concrete geval rechtshulp te verlenen. Een beslissing van een staat om ook – met terugwerkende kracht – anterieure feiten als foltering in de zin van het verdrag te vervolgen berust op een vrije keuze van de desbetreffende staat, die echter in strijd is met de Nederlandse opvatting inzake het legaliteitsbeginsel. Volgens de Hoge Raad is dat een weigeringsgrond voor het verlenen van rechtshulp, ook al is het verzoek om rechtshulp gebaseerd op een verdrag.³⁹

Machielse en Myer brengen hier het argument uit het Argentijnse uitleveringsverzoek tegenin dat strafbaarstelling met terugwerkende kracht is gebaseerd op een ‘dwingende norm van internationaal recht die ook met terugwerkende kracht van toepassing is’.⁴⁰ Van eminent belang is dat de Argentijnse lezing dat het internationale recht dwingt tot strafbaarstelling met terugwerkende kracht diametraal staat tegenover het standpunt van de Hoge Raad dat het Folteringverdrag daartoe niet dwingt. Dat standpunt van de Hoge Raad is juist: in het Folteringverdrag ontbreekt een bepaling die dwingt tot strafbaarstelling met terugwerkende kracht van foltering. Dat verdrag dwingt ook niet tot rechtshulp of uitlevering voor feiten die voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Folteringverdrag zijn gepleegd en die met terugwerkende kracht strafbaar zijn gesteld.

Theoretisch is het mogelijk dat Argentinië zinspeelde op een algemene, buiten het Folteringverdrag bestaande, norm van dwingend volkenrecht die staten voorschrijft om verdragen inzake de bestrijding van internationale misdrijven (inclusief het Folteringverdrag) met terugwerkende kracht toe te passen. Uit het Argentijnse uit-

33. R.o. 3.4 in HR 19 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:ZD2927, NJ 2002, 580, recent herhaald in r.o. 4.2 in HR 7 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:622. Zie hierover P. Verrest, *T&C Strafvoordering*, aant. 4 bij art. 5.1.4 Sv.

34. R.o. 4.5 en 4.6 in HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002, 559.

35. De Hoge Raad noemt in HR 19 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:ZD2927, NJ 2002, 580 alleen de beginselen van strafprocesrecht, maar ook beginselen van materieel strafrecht zoals het legaliteitsbeginsel kunnen fundamentele belemmeringen opleveren voor het verlenen van rechtshulp door Nederland. Bovendien heeft het materiële legaliteitsbeginsel ook een formeel aspect: het verbiedt vervolging en berechting voor feiten die niet strafbaar zijn.

36. HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002, 559 en HR 19 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:ZD2927, NJ 2002, 580.

37. Zie HR 2 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AD3802, NJ 1985, 890 m.nt. A.H.J. Swart.

38. In die zin Ferdinandusse, ‘Foltering vóór het Folteringverdrag’, p. 837-838.

39. R.o. 3.4 in HR 19 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:ZD2927, NJ 2002, 580.

40. Machielse & Myjer, ‘De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag’, p. 988.

leveringsverzoek en de Argentijnse rechtspraak blijkt echter niet welke dwingende norm van internationaal recht dat zou kunnen zijn. Ook in het rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch en de reacties van Ferdinandusse, Machielse en Myjer ontbreekt een uitleg over een norm van internationaal recht die zou dwingen tot het strafbaar stellen met terugwerkende kracht van foltering en ook tot het vervolgen van foltering op grond van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht. Ons is een dergelijk norm van *jus cogens* niet bekend en het lijkt ook erg onwaarschijnlijk dat die zou bestaan.

De Commissie Dossier J.A. Poch leidt de verplichting van Nederland om rechtshulp te verlenen kennelijk af uit de vooropgestelde verplichting om foltering met terugwerkende kracht strafbaar te stellen en te vervolgen. De nogal apodictische stellingname van Argentinië zou Nederland, onder verwijzing naar het Bouterse-arrest, kunnen pareren met de opmerking dat Nederland de verplichtingen uit het Folteringverdrag toch echt anders opvat. Nederland zou zich daarbij ook kunnen beroepen op de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak van Senegal tegen België. Onder verwijzing naar artikel 7 lid 1 Folteringverdrag merkt het Hof op dat de verplichting van Senegal om te vervolgen (als alternatief voor uitlevering) zich niet uitstrekte over feiten die voorafgaand aan de inwerking-treding van het verdrag voor Senegal waren gepleegd.⁴¹ Het Internationaal Gerechtshof beschouwt het Folteringverdrag niet als een verdrag met verplichtingen die van toepassing zijn op feiten die vóór het verdrag zijn gepleegd.⁴²

Met het vertrouwensbeginsel waarop Ferdinandusse, Machielse en Myjer zich beroepen heeft dit alles niet zoveel te maken. Het gaat hier om een fundamenteel verschil van inzicht omtrent de consequenties van het internationale recht binnen de nationale rechtsorde en de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel. Al 35 jaar geleden verzuchtte Swart in zijn magnum opus over het Nederlandse uitleveringsrecht dat de 'Hoge Raad zich vaak laat verblinden door het dwaallicht van een vertrouwensbeginsel en daardoor niet toekomt aan de volkenrechtelijke vragen die er echt toe doen.'⁴³ Die neiging blijkt toch erg hardnekkig te zijn. Bovendien werkt het vertrouwensbeginsel in de zaak van Poch heel anders dan Ferdinandusse, Machielse en Myjer stellen. Op grond van het Argentijnse uitleveringsverzoek dat Nederland op 28 augustus 2009 ontving, moest Neder-

land er inderdaad op vertrouwen dat de informatie uit dat verzoek juist was en dat Argentinië Poch voor foltering wilde vervolgen op grond van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht. Op grond van die informatie uit het uitleveringsverzoek had Nederland moeten beoordelen of een dergelijke vervolging verplicht was op grond van het Folteringverdrag en in overeenstemming was met fundamentele beginselen van Nederlands strafprocesrecht.⁴⁴

Op grond van bovenstaande argumenten komen wij tot de slotsom dat Nederland niet *verplicht* was om rechtshulp aan Argentinië te verlenen, omdat Nederland de keuze tussen uitlevering en rechtshulp had, een verplichting tot strafbaarstelling van foltering met terugwerkende kracht niet bestaat en een verplichting tot het verlenen van rechtshulp aan vervolging van foltering op grond van een dergelijke strafbaarstelling ook niet. Het ontbreken van een verplichting tot het verlenen van rechtshulp laat de mogelijkheid open dat Nederland buiten het Folteringverdrag om vrijwillige rechtshulp kon verlenen. Een vervolging op grond van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht is echter in strijd met een fundamenteel beginsel van Nederlands strafprocesrecht (het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr en art. 16 Grondwet) en levert daarom volgens de rechtspraak van de Hoge Raad een weigeringsgrond naar Nederlands recht op voor het verlenen van rechtshulp.

5. Dreigende schending van het EVRM

Het probleem van de terugwerkende kracht van de Argentijnse strafbepaling gaat nog een stap verder dan het Nederlandse legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr en artikel 16 Grondwet en de daarop berustende weigeringsgrond voor het verlenen van rechtshulp uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Dreigende schending van artikel 7 EVRM is op grond van artikel 5.1.5 lid 3 Sv een dwingende weigeringsgrond voor rechtshulp. Weliswaar is artikel 5.1.5 lid 3 Sv pas in 2018 in het Wetboek van Strafvordering ingevoerd, maar deze bepaling drukt een algemeen beginsel van internationaal recht uit: staten die partij zijn bij het EVRM mogen niet meewerken aan vervolging en bestraffing door derde staten die een flagrante schending opleveren van het

41. ICJ, Judgement, July 20, 2012, Questions Concerning the Obligation to Prosecute or Extradite, § 102: 'The Court concludes that Senegal's obligation to prosecute pursuant to Article 7, paragraph 1, of the Convention does not apply to acts alleged to have been committed before the Convention entered into force for Senegal on 26 June 1987.' Met dank aan collega Sluiter die ons op deze zaak attent heeft gemaakt.

42. Zie § 100 in het oordeel van het hof met verwijzing naar art. 28 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. In noot 9, 10 en 11 van zijn 'Foltering vóór het Folteringverdrag' noemt Ferdinandusse dit oordeel niet, maar wel uitspraken van de Hoge Raad die echter geen van alle betrekking hebben op het Folteringverdrag.

43. Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, p. 93.

44. Ferdinandusse stelt in zijn naschrift (*NJB* 2021/1229) dat uit het Argentijnse vonnis in de strafzaak van Poch blijkt dat Poch ook werd vervolgd op grond van een Argentijnse strafbepaling uit 1958 (waarvoor Poch overigens werd vrijgesproken). Dat was kennelijk niet de informatie waarover de Commissie Dossier J.A. Poch beschikte op grond van het Argentijnse uitleveringsverzoek. Zie Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 988: 'De inhoud van het uitleveringsverzoek bevestigt dus dat foltering met terugwerkende kracht in Argentinië strafbaar was.' Bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van de uitlevering door de uitleveringsrechter is de informatie uit het uitleveringsverzoek beslissend en niet de informatie die achteraf uit het vonnis in de betreffende strafzaak blijkt.

EVRM. Dat algemene rechtsbeginsel gold ook al voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 5.1.5 lid 3 Sv en kan worden afgeleid uit de verplichtingen van de staten die partij zijn bij het EVRM om de mensenrechten te beschermen van personen die onder hun rechtsmacht vallen in de zin van artikel 1 EVRM.⁴⁵

Ferdinandusse, Machielse en Myjer betogen dat het vertrouwensbeginsel belet dat Nederland onderzoek doet naar de terugwerkende kracht van de Argentijnse strafbepaling van foltering.⁴⁶ Dreigende flagrante schending van het EVRM is echter juist een argument om het vertrouwensbeginsel niet te volgen en wel onderzoek te doen naar een dergelijke dreiging, zo blijkt uit het overzichtsarrest van de Hoge Raad over de bescherming van mensenrechten bij uitlevering.⁴⁷ Ook dreigende schending van artikel 7 EVRM is een reden om het vertrouwensbeginsel terzijde te schuiven en onderzoek te doen naar mogelijke schending van deze verdragsbepaling, zo blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.⁴⁸ Bovendien blijkt de dreigende schending in het geval van Poch kennelijk uit het Argentijnse uitleveringsverzoek waarin is vermeld dat de Argentijnse strafbaarstelling van foltering terugwerkende kracht heeft.⁴⁹

Op grond van het vertrouwensbeginsel moet ervan uit worden gegaan dat die informatie juist was en dat Argentinië Poch wilde vervolgen op grond van een Argentijnse strafbepaling met terugwerkende kracht. Dat betekent dat de Argentijnse autoriteiten zelf de informatie hebben verschaft op grond waarvan het vermoeden is gerechtvaardigd dat schending van artikel 7 EVRM dreigt. De Nederlandse autoriteiten zijn bij hun beslissing over rechtshulp of uitlevering op grond van artikel 1 en artikel 7 EVRM verplicht om te beoordelen of artikel 7 EVRM zal worden geschonden door vervolging van Poch in Argentinië op grond van een strafbepaling met terugwerkende kracht. Wanneer een dergelijke schending inderdaad dreigt, is rechtshulp of uitlevering niet toegestaan en wanneer toch rechtshulp wordt verleend of een persoon wordt uitgeleverd voor vervolging in strijd met artikel 7 EVRM, levert die rechtshulp of uitlevering een zelfstandige schending op van artikel 7 EVRM.

Volgens artikel 7 lid 1 EVRM is vereist dat een feit strafbaar is op grond van nationaal of internationaal strafrecht op het moment van het begaan van het feit. Strafbaarheid op grond van internationaal strafrecht kan zijn gebaseerd op voorafgaande internationale verdragen

die bepaalde feiten als misdrijven omschrijven. Dat was de klassieke redenering van het Internationale Militaire Tribunaal van Neurenberg bij de berechting van oorlogsmisdadigers in 1946 en deze redenering is overgenomen door het EHRM bij toetsing van nationale strafbepalingen met terugwerkende kracht aan artikel 7 lid 1 EVRM.⁵⁰ De Hoge Raad volgde deze redenering in een Rwandese zaak waarin een uitleveringsverzoek was gebaseerd op een Rwandese strafbaarstelling van genocide die in werking was getreden na de genocide in Rwanda in 1994. In dat jaar was genocide al een internationaal misdrijf volgens het Genocideverdrag van 1948.⁵¹ Daaruit volgde dat uitlevering van een persoon aan Rwanda voor vervolging ter zake van genocide niet in strijd was met artikel 7 lid 1 EVRM.⁵²

Deze redenering gaat echter niet op voor foltering in verband met de doodsvluchten in Argentinië in de periode van 1976 tot 1983 (of de Decembermoorden in Suriname in 1982): het Folteringverdrag is van 1984 en dat betekent dat de erkenning van foltering als internationaal misdrijf in dat verdrag plaatsvond nadat de doodsvluchten in Argentinië en de Decembermoorden in Suriname waren gepleegd.⁵³ De redenering van het Internationale Militaire Tribunaal, het EHRM en de Hoge Raad dat strafbaarheid kan worden afgeleid uit voorafgaande verdragen waarin bepaalde feiten als misdrijven zijn omschreven, geldt daarom niet voor de doodsvluchten en de Decembermoorden.

Uit Argentijnse rechtspraak blijkt dat volgens de Argentijnse rechtsopvatting foltering strafbaar was ten tijde van de doodsvluchten krachtens internationaal gewoonterecht.⁵⁴ In het Bouterse-arrest uit 2001 heeft de Hoge Raad de mogelijkheid van strafbaarheid van foltering naar internationaal gewoonterecht opengelaten. De Nederlandse wetgever heeft de Nederlandse strafbepaling inzake foltering in 2003 echter geen terugwerkende kracht gegeven in artikel 8 WIM. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse wetgever het internationale gewoonterecht niet voldoende acht voor strafbaarstelling met terugwerkende kracht in een Nederlandse strafbepaling. In de rechtspraak van het EHRM over artikel 7 EVRM is daarvoor tot nu toe ook niet een duidelijke rechtvaardiging te vinden in verband met de strafbaarheid van foltering. Er zou uit artikel 7 lid 2 EVRM kunnen worden afgeleid dat door beschaafde volken erkende beginselen de grondslag van strafbaarheid zouden kunnen zijn, maar uit de rechtspraak

45. R.o. 86 in EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158 m.nt. E.A. Alkema (Soering). Zie hierover P. Verrest, *T&C Strafvordering*, Inleidende opmerkingen bij Vijfde boek, Titel 1, Eerste afdeling.

46. Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 989-991, Ferdinandusse, 'Foltering vóór het Folteringverdrag', p. 839-841.

47. R.o. 3.5 en 3.6 in HR 21 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:463, NJ 2017, 276 m.nt. N. Rozemond.

48. HR 31 augustus 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD5885, *NbSr* 1999, 214 en HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3627, NJ 2015, 175.

49. Volgens de weergave daarvan in Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 988 en p. 990.

50. R.o. 205 e.v. in EHRM (Grote Kamer) 17 mei 2010, nr. 36376/04 (*Kononov/Letland*).

51. Verdrag inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide, Parijs, 9 december 1948.

52. R.o. 2.4 en 2.6 in HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3627, NJ 2015, 175.

53. Dat is een relevant verschil met de zaak van Ould Dah waarin de strafbaarheid van foltering in Mauritanië, gepleegd in 1990 en 1991, moest worden beoordeeld. Zie EHRM 17 maart 2009 (ontvankelijkheidsbeslissing), *Ould Dah/Frankrijk*, nr. 13113/03, NJ 2010, 135 m.nt. J.M. Reijntjes.

54. Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 990.

van het EHRM blijkt dat artikel 7 lid 2 EVRM slechts is bedoeld als bevestiging van de vervolging voor misdrijven die tijdens de Tweede Wereldoorlog zijn begaan. Deze bepaling is volgens het EHRM niet bedoeld als algemene uitzondering op het verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen uit artikel 7 lid 1 EVRM.⁵⁵

In de zaak van Poch zal de vraag of foltering in de periode van 1976 tot 1983 al een misdrijf was volgens internationaal recht door de rechtbank Rotterdam moeten worden beantwoord, omdat van het antwoord van de rechter afhangt of Nederland door het verlenen van rechtshulp aan Argentinië heeft meegewerkt aan strafrechtelijke vervolging van Poch die in strijd was met artikel 7 EVRM, ervan uitgaande dat de Argentijnse informatie uit het uitleveringsverzoek inderdaad juist was en Argentinië Poch wilde vervolgen op grond van een Argentijnse wettelijke strafbepaling met terugwerkende kracht.⁵⁶ Wanneer de Nederlandse rechter tot het oordeel komt dat het internationale recht inderdaad de rechtvaardiging was van die vervolging, dan kan die rechtsopvatting ter toetsing worden voorgelegd aan het EHRM. De bindende uitleg van artikel 7 EVRM wordt uiteindelijk niet bepaald door Argentijnse autoriteiten en rechters of door Nederlandse zaaksofficieren en commissieleden, maar door het EHRM.

6. Verkapte uitlevering?

Uit het voorafgaande volgt dat Nederland niet verplicht was tot het verlenen van rechtshulp, maar de keuze had tussen rechtshulp en uitlevering en dat bovendien fundamentele bezwaren bestonden tegen rechtshulp en uitlevering vanwege het Nederlandse legaliteitsbeginsel en artikel 7 EVRM. Tot nu toe is nog geen bindend juridisch oordeel over deze kwesties gegeven door een Nederlandse rechter of het EHRM. Ook los van deze kwesties doet zich de vraag voor of de rechtshulp in het geval van Poch verkapte uitlevering was en ook daarover moeten de Nederlandse rechter en het EHRM nog een bindend juridisch oordeel geven.

Dat in het geval van Poch sprake was van verkapte uitlevering, was aanvankelijk ook de opvatting van Minister van Justitie Hirsch Ballin in 2009. Hij verbood daarom het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië en hij wilde dat de mogelijkheid werd onderzocht om Poch te kunnen uitleveren aan Argentinië. De Minister van Justitie werd echter overtuigd door het argument dat Poch niet door Nederland werd uitgezet of uitgelokt om naar Spanje te vliegen op 22 september 2009. Daarom zou er in dit geval geen sprake zijn van verkapte uitlevering door het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië. De Commissie Dossier J.A. Poch neemt dit

argument over en concludeert op grond daarvan dat in dit geval geen sprake was van verkapte uitlevering.⁵⁷

Deze rechtsopvatting over verkapte uitlevering is gebaseerd op een restrictieve uitleg van het *Bozano*-arrest van het EHRM. In deze zaak oordeelde het EHRM dat Frankrijk artikel 5 EVRM had geschonden door Bozano in Frankrijk aan te houden en uit te zetten naar Zwitserland, waarna Bozano door Zwitserland aan Italië werd uitgeleverd voor de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis. Eerder had de Franse uitleveringsrechter geoordeeld dat uitlevering aan Italië door Frankrijk in strijd was met het recht van Bozano op een eerlijk proces in verband met zijn aanwezigheidsrecht. Door de aanhouding en uitzetting had Frankrijk het oordeel van de Franse uitleveringsrechter welbewust omzeild en artikel 5 EVRM geschonden (het recht op vrijheid van Bozano).⁵⁸

In het geval van Poch was geen sprake van vrijheidsberoving door Nederland, maar door Spanje, en daarom kan Nederland geen schending van artikel 5 EVRM worden verweten, aldus de redenering die uiteindelijk door de minister werd overgenomen. Daar valt tegen in te brengen dat Nederland wellicht niet zelf artikel 5 EVRM heeft geschonden door uitzetting, maar wel de uitleveringsprocedure heeft omzeild om Poch de mogelijkheid te ontnemen zich op zijn nationaliteitsexceptie te beroepen en een waarborg voor terugkeer naar Nederland te verkrijgen. Deze handelwijze levert op zich nog geen schending van artikel 5 EVRM op, maar zij zou wel in strijd kunnen zijn met de strekking van het nationaliteitsexceptie en het belang van Poch bij bescherming van zijn status als Nederlander. Dat zou kunnen betekenen dat hier wel sprake zou kunnen zijn van onrechtmatig handelen door Nederland, ook al zou dat onrechtmatig handelen op zich geen schending van artikel 5 EVRM opleveren. Ferdinandusse, Machielse en Myjer zijn ervan overtuigd dat uitlevering van Poch door Nederland niet was toegestaan vanwege de Nederlandse nationaliteit van Poch.⁵⁹ Uit die overtuiging volgt echter ook dat Nederland welbewust de mogelijkheid van Poch heeft omzeild om zich op de bescherming van zijn Nederlanderschap te beroepen op grond van artikel 3 van het verdrag van 1893 en artikel 4 lid 2 Uitleveringswet.

Wat in het geval van Poch onrechtmatig is, wordt niet alleen bepaald door het EVRM, maar ook door andere verdragen en Nederlandse wetten, zoals het uitleveringsverdrag van 1893 en de Uitleveringswet. Dat betekent dat de opvatting van de Commissie Dossier J.A. Poch dat in dit geval geen sprake was van verkapte uitlevering niet zonder meer volgt uit het argument dat Nederland Poch niet heeft uitgezet naar Spanje of uitge-

55. R.o. 72 in EHRM 18 juli 2013, nrs. 2312/08 en 34179/08 (*Maktouf en Damjanovic/Bosnië-Herzegovina*) met verwijzing naar r.o. 186 in *Kononov/Letland*.

56. Machielse & Myjer, 'De zaak Poch: Argentinië en het Folterverdrag', p. 988.

57. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 87-92 en 121-122.

58. EHRM 18 december 1986, nr. 9990/82, *NJ* 1989, 409 m.nt. P. van Dijk (*Bozano/Frankrijk*).

59. Zie de naschriften van Ferdinandusse (*NJB* 2020/2029) en Machielse & Myjer (*NJB* 2021/2030).

lokt om naar Spanje te reizen.⁶⁰ Daarnaast moet de vraag of sprake is van verkapte uitlevering ook worden beoordeeld aan de hand van de nationaliteitsexceptie uit het verdrag van 1893 en de Uitleveringswet waarop Poch zich in de Nederlandse uitleveringsprocedure had kunnen beroepen. De Nederlandse civiele rechter zou op grond van het belang van Poch bij bescherming tegen uitlevering op grond van zijn Nederlanderschap kunnen oordelen dat hier wel sprake was van onrechtmatige verkapte uitlevering naar Nederlands recht.

Bovendien zou de aanhouding van Poch in Spanje wel als een schending van artikel 5 EVRM kunnen worden opgevat, ervan uitgaande dat Nederland door het omzeilen van de Nederlandse uitleveringsprocedure onrechtmatig handelde jegens Poch. Spanje heeft aan die onrechtmatige omzeiling en inbreuk op de belangen van Poch meegewerkt door de aanhouding van Poch in Spanje en de uitlevering aan Argentinië. Spanje handelde daardoor ook onrechtmatig bij de aanhouding en uitlevering van Poch en dat betekent dat Spanje artikel 5 EVRM heeft geschonden. Daarover had Poch zich kunnen beklagen bij de Spaanse uitleveringsrechter en ook bij het EHRM wanneer de Spaanse uitleveringsrechter zijn klacht hierover zou hebben afgewezen.⁶¹

Nederland is echter ook betrokken geweest bij de mogelijke schending van artikel 5 EVRM door Spanje. Nederland heeft deze schending welbewust uitgelokt via de verstrekking van de vluchtgegevens aan Argentinië. Poch moet zich over die betrokkenheid van Nederland bij een mogelijke schending van artikel 5 EVRM kunnen beklagen bij een Nederlandse rechter op grond van het vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie (art. 13 EVRM). Poch krijgt daartoe pas twaalf jaar later de gelegenheid via zijn vordering tot schadevergoeding bij de civiele rechter die als eerste nationale instantie in de zin van artikel 13 EVRM zal moeten oordelen in hoeverre Nederland (mede)verantwoordelijk is voor een mogelijke schending van artikel 5 EVRM in bewuste en nauwe samenwerking met Argentinië en Spanje. Uiteindelijk zal het EHRM ook over deze schending kunnen oordelen wanneer de Nederlandse civiele rechter tot het oordeel komt dat de Nederlandse staat niet onrechtmatig heeft gehandeld door zijn bijdrage aan de aanhouding van Poch in Spanje en de uitlevering aan Argentinië. Poch kan dan zijn zaak voorleggen aan het EHRM en betogen dat de Nederlandse schending van artikel 5 EVRM is voltooid door de afwijzing van zijn schadeclaim.

7. Conclusie: Nederlandse tekortkomingen

Uit de zaak van Poch blijkt dat rechtshulp en uitlevering in verband met foltering fundamentele rechtsvragen oproepen die nog steeds niet door een onafhankelijke rechter in Nederland zijn beantwoord. Dat had wel gekund wanneer de Minister van Justitie in 2009 had gekozen voor aanhouding van Poch op basis van de uitleveringsverzoeken van Argentinië. Vervolgens had de uitleveringsrechter over een reeks principiële rechtsvragen kunnen oordelen. Leverde de nationaliteitsexceptie een dwingende weigeringsgrond op in de zin van artikel 3 onder 1° van het uitleveringsverdrag uit 1893, ook al was de opgeëiste persoon een Argentijn die ervan werd verdacht in Argentinië betrokken te zijn geweest bij het folteren en vermoorden van Argentijnen waardoor de Argentijnse rechtsorde ernstig is geschokt? Waren in dit geval moord en zware mishandeling naar Argentijns recht verjaard, zodat uitlevering voor die feiten moest worden geweigerd op grond van artikel 3 onder 5° van het verdrag uit 1893? Kon de uitlevering van Poch worden gebaseerd op het Folteringverdrag van 1984 in plaats van het uitleveringsverdrag van 1893, wat kennelijk de Argentijnse opvatting was die ten grondslag lag aan het tweede uitleveringsverzoek? Was de Nederlandse rechtsopvatting over het legaliteitsbeginsel en het verbod op terugwerkende kracht van wettelijke strafbepalingen een reden om uitlevering te weigeren? Leverde dreigende schending van artikel 7 EVRM in dit geval een dwingende weigeringsgrond op voor uitlevering? Wanneer de uitleveringsrechter de uitlevering toelaatbaar had verklaard, had de Minister van Justitie vervolgens de bevoegdheid om te oordelen dat een waarborg voor terugkeer van Poch op grond van artikel 4 lid 2 Uitleveringswet niet was vereist vanwege de Argentijnse nationaliteit van Poch en zijn mogelijke veroordeling voor een internationaal misdrijf.

Het was dus wel mogelijk geweest dat de uitleveringsrechter in 2009 de uitlevering voor moord, zware mishandeling of foltering toelaatbaar had verklaard op grond van het verdrag van 1893 en de minister vervolgens tot uitlevering had beslist zonder Argentijnse waarborg voor terugkeer. Ook was niet uitgesloten dat de uitleveringsrechter de uitlevering toelaatbaar zou hebben geacht op grond van het Folteringverdrag van 1984 en de internationale verplichting tot medewerking aan vervolging van Poch in Argentinië voor foltering. Die internationale verplichting was niet alleen een zwaarwegend argument voor rechtshulp, zoals de Commissie Dossier J.A. Poch betoogt, maar ook voor uitlevering op grond waarvan de belemmeringen uit het verdrag van 1893 niet van toepassing waren. Dat betekent dat Nederland Poch in 2009 had kunnen aanhouden op grond van de Argentijnse uitleveringsverzoeken en alle uitleveringskwesties ter beoordeling aan de uitleveringsrechter had kunnen voorleggen, waarna de uitleveringsrechter ten gunste van Argentinië had kunnen beslissen

60. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 121-122.

61. Zie hierover G. Sluiter, 'Verkapte uitlevering in de zaken Poch en Ridouan T.?', *NJB* 2020/688.

dat uitlevering wel toelaatbaar was in het geval van Poch.

De uitleveringsrechter had echter ook kunnen oordelen dat uitlevering ontoelaatbaar was vanwege het Nederlandschap van Poch, verjaring van moord en zware mishandeling naar Argentijns strafrecht, onverenigbaarheid met fundamentele beginselen van Nederland strafrecht of dreigende schending van artikel 7 EVRM. In dat geval had Poch als verdachte van foltering in Nederland moeten leven met de gedachte dat hij het land niet kon verlaten zonder het risico te lopen dat hij vanuit een andere staat wel zou worden uitgeleverd aan Argentinië. Het zou daarbij ook niet uitgesloten zijn geweest dat hij alsnog door Nederland aan Argentinië zou zijn uitgeleverd na aanpassing, opschorting of opzegging van het verdrag van 1893,⁶² zodat dat verdrag geen belemmering zou vormen voor de uitlevering van Poch aan Argentinië op grond van de internationale verplichting daartoe uit het Folteringverdrag en andere (mensenrechten)verdragen. Een ontoelaatbaarverklaring van de uitlevering zou dus niet het einde van de zaak zijn geweest. Nederland had daarna de mogelijkheden kunnen onderzoeken om het verdrag van 1893 aan te passen of aan te vullen, zoals de Minister van Justitie aanvankelijk ook wilde in 2009.⁶³

De belangrijkste juridische knelpunten in de zaak van Poch zijn in 2009 echter niet aan de uitleveringsrechter voorgelegd, maar er is toen gekozen voor het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië waardoor Poch via Spanje aan Argentinië kon worden uitgeleverd. Daardoor moet de civiele rechter nu na twaalf jaar beoordelen of deze gang van zaken verkapte uitlevering was wegens strijd met het uitleveringsverdrag van 1893, de Uitleveringswet, fundamentele beginselen van Nederlands strafprocesrecht, en artikel 5 en 7 EVRM. Het gevolg van deze gang van zaken zou kunnen zijn dat de schending van mensenrechten in de zaak van Poch veel te lang heeft geduurd wanneer de civiele rechter tot de conclusie zou komen dat deze rechten inderdaad zijn geschonden. Dat is het gevolg van de verkapte uitlevering door het verstrekken van de vluchtgegevens. Daardoor werd de beantwoording van alle relevante rechtsvragen door een onafhankelijke rechter in Nederland in 2009 belet.

Het argument tegen verkapte uitlevering is dat het Folteringverdrag van 1984 normen van internationaal recht bevat die Nederland verplichten om rechtshulp te verlenen in dit soort gevallen. Een dergelijke norm is echter niet uit het Folteringverdrag af te leiden als het gaat om vervolging op grond van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht van foltering en ook kan worden betwijfeld of die verplichting bestaat ten aanzien van feiten die voorafgaand aan het verdrag zijn gepleegd.⁶⁴

De Argentijnse opvatting is dat terugwerkende kracht van de Argentijnse strafbepaling is gebaseerd op 'een dwingende norm van internationaal recht die ook terugwerkende kracht heeft'. Het is echter nog steeds niet duidelijk welke dwingende norm van internationaal recht dat zou kunnen zijn. Als een dergelijke dwingende norm van internationaal recht inderdaad zou bestaan, zou de Nederlandse strafbaarstelling van foltering op dit moment nog steeds niet voldoen aan deze norm, aangezien de Nederlandse strafbaarstelling geen terugwerkende kracht heeft. De dwingende norm van internationaal recht zou dan niet alleen een argument voor rechtshulp zijn, maar ook voor uitlevering van Poch door Nederland aan Argentinië of vervolging van Poch in Nederland. Er is bovendien geen sprake van een verplichting tot het verlenen van rechtshulp wanneer Nederland de keuze heeft tussen rechtshulp en uitlevering en die laatste keuze het meeste recht doet aan de legitieme belangen van de verdachte.

De argumentatie in de affaire van Poch leidt tot een duidelijke tweesprong: argumenten voor of tegen uitlevering gelden ook voor of tegen rechtshulp. Wanneer uitlevering van Poch niet mogelijk zou zijn geweest vanwege verjaring van moord en zware mishandeling in Argentinië, de Nederlandse nationaliteit van Poch, fundamentele beginselen van Nederlands strafrecht en dreigende schending van artikel 7 EVRM, dan golden deze belemmeringen óók voor de verleende rechtshulp aan Argentinië. Als uitlevering bijvoorbeeld niet mogelijk zou zijn geweest vanwege het Nederlanderschap van Poch, zoals Ferdinandusse, Machielse en Myjer betogen, dan zou daaruit volgen dat Nederland door het verstrekken van de vluchtgegevens welbewust de belangen van Poch bij bescherming op grond van zijn Nederlanderschap heeft geschaad en zou er daarom sprake zijn geweest van onrechtmatige verkapte uitlevering door de verleende rechtshulp. Wanneer die rechtshulp wél rechtmatig zou zijn geweest omdat deze belemmeringen in het geval van Poch niet golden, zou daaruit volgen dat uitlevering óók mogelijk moet zijn geweest. Daarom had het Argentijnse uitleveringsverzoek aan de Nederlandse uitleveringsrechter kunnen worden voorgelegd ter beoordeling van deze kwesties.

Gelet op de belangen van Poch en de complexiteit van de rechtsvragen had dat toen ook moeten gebeuren. Definitieve antwoorden op deze complexe rechtsvragen kunnen niet worden gegeven door de betrokken zaaksofficier of minister en ook niet door een commissie die niet alle rechtsvragen bespreekt en bovendien niet het beginsel van hoor en wederhoor toepast en alleen de zaaksofficier hoort en niet Poch en zijn raadsman. Het is de typische functie van de uitleveringsprocedure dat complexe juridische vragen meestal niet op diplomatiek en politiek niveau kunnen worden opgelost en om die reden aan de uitleveringsrechter moeten worden voorgelegd. Daaraan ligt ook een rechtsstatelijk principe ten grondslag: een persoon moet in een uitleveringsprocedure verweer kunnen voeren tegen zijn uitlevering, niet

62. Zie art. 56, 57 en 59 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

63. Rapport van de Commissie Dossier J.A. Poch, p. 87.

64. ICJ, Judgement, July 20, 2012, Questions Concerning the Obligation to Prosecute or Extradite, § 100 en 102.

alleen de verweren die wij tot nu toe hebben besproken, maar bijvoorbeeld ook het onschuldverweer (art. 26 lid 3 en art. 28 lid 2 Uitleveringswet), wat Poch in zijn zaak zeker zou hebben gedaan, of een verweer met betrekking tot de ongenoegzaamheid van de informatie in het uitleveringsverzoek (art. 18 en art. 28 lid 2 Uitleveringswet), waar in deze zaak ook fundamentele vragen over kunnen worden gesteld. Door de openbare behandeling van de zaak zou in 2009 ook een publieke discussie mogelijk zijn geweest over de vraag of Poch wel of niet had moeten worden uitgeleverd, een discussie die vergelijkbaar zou zijn geweest met de discussie in Amerika en Duitsland over de zaak van John Demjanjuk die in hetzelfde jaar speelde.⁶⁵ Op het rechtsstatelijke principe dat ten grondslag ligt aan de openbare uitleveringsprocedure is de Commissie Dossier J.A. Poch niet ingegaan bij de bespreking van de vraag of het verstrekken van de vluchtgegevens in de zaak van Poch een onrechtmatige verkapte uitlevering was.

Nederland handelde door het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië mogelijk ook in strijd met artikel 5 EVRM (onrechtmatige aanhouding van Poch in Spanje) en artikel 7 EVRM (vervolging in Argentinië op grond van een strafbepaling met terugwerkende kracht). Op grond van artikel 13 EVRM was Nederland in 2009 verplicht om Poch een daadwerkelijk rechtsmiddel te bieden voor een nationale instantie ter voorkoming van deze schendingen en die nationale instantie was toen de Nederlandse uitleveringsrechter. Ook op dit mensenrechtelijke vereiste is de Commissie Dossier J.A. Poch niet ingegaan. Twaalf jaar later moet de civiele rechter die over de schadeclaim van Poch oordeelt zich ook buigen over de vraag of de mensenrechten van Poch zijn geschonden door de omzeiling van de uitleveringsprocedure. Dat betekent dat de civiele rechter bij zijn oordeel moet betrekken dat de gevolgen van mogelijke schendingen van de mensenrechten van Poch al twaalf jaar voortduren. Door een onjuiste rechterlijke beslissing daarover zouden deze schendingen van mensenrechten in Nederland worden voltooid vanwege het ontbreken van compensatie voor deze schendingen. Dan kan het EHRM oordelen over de vraag of Nederland door het verstrekken van de vluchtgegevens aan Argentinië verantwoordelijk is voor de aanhouding en uitlevering van Poch door Spanje in strijd met artikel 5 EVRM en de vervolging van Poch door Argentinië in strijd met artikel 7 EVRM. Misschien is dat de belangrijkste les van de zaak van Poch: deze zaak had in 2009 voor de Nederlandse uitleveringsrechter moeten worden gebracht, zodat Poch twaalf jaar geleden al zijn verweren voor deze rechter had kunnen voeren en bij verwerping daarvan zijn zaak had kunnen voorleggen aan het EHRM.

65. Douglas, *The Right Wrong Man*, p. 109 e.v.