



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het feitsbegrip bij ne bis in idem en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen

Ouwerkerk, J.W.

### Citation

Ouwerkerk, J. W. (2012). Het feitsbegrip bij ne bis in idem en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen. *Delikt En Delinkwent*, 42(6), 490-507. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/43745>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/43745>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen

J.W. Ouwerkerk, actueel tot 05-06-2012

## 1 Inleiding

Het Nederlandse strafrecht bevat verschillende waarborgen tegen het meervoudig aansprakelijk stellen van personen voor 'hetzelfde feit'. Meest bekend is artikel 68 Sr. Deze bepaling beschermt tegen een tweede vervolging voor een feit ten aanzien waarvan jegens de betreffende persoon reeds onherroepelijk is beslist. Deze waarborg geldt niet alleen ten aanzien van rechterlijke gewijsden die in de Nederlandse rechtsorde tot stand zijn gekomen (artikel 68 lid 1 Sr), ook een eerdere onherroepelijke rechterlijke beslissing afkomstig uit een andere jurisdictie kan een tweede vervolging voor hetzelfde feit beletten (artikel 68 lid 2 en 3 Sr). Maar hoe verhoudt artikel 68 Sr zich tot andere bronnen van bescherming tegen dubbele vervolging en bestraffing voor hetzelfde feit? In hoeverre nopen deze bronnen tot aanpassing van de door de Hoge Raad ontwikkelde (en recentelijk nog bevestigde) maatstaf ter beoordeling van 'hetzelfde feit'? Die vragen staan centraal in deze bijdrage.

De belangrijkste aanleiding om die vragen te stellen wordt gevormd door een uitspraak van de Hoge Raad van 1 februari 2011<sup>[2]</sup>. In deze uitspraak herbevestigt de Hoge Raad de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf tot toetsing van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr. Naar het oordeel van de Hoge Raad vormt Europese regelgeving en recente Europese rechtspraak geen reden deze toetsingsmaatstaf aan te passen.

Ter opfrissing zal hieronder allereerst kort worden uiteengezet wat deze toetsingsmaatstaf inhoudt (2). Vervolgens wordt een up-to-date, zij het beknopt, overzicht gegeven van relevante Europese regelgeving en rechtspraak inzake *ne bis in idem* (3). Vervolgens zal ik betogen dat het oordeel van de Hoge Raad – inhoudende dat het Europese recht niet noopt tot aanpassing van deze toetsingsmaatstaf – niet volledig houdbaar is, maar dat die Europese ontwikkelingen juist reden vormt terug te keren naar een feitelijke benadering van 'hetzelfde feit' (4). Hierna leg ik de koppeling met het feitsbegrip in de samenloopregeling (5). De bijdrage zal worden afgesloten met een conclusie (6).

## 2 'Hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr

De toepassing van het *ne bis in idem* beginsel in de Nederlandse rechtspraak wordt hoofdzakelijk bepaald door de invulling van het begrip 'hetzelfde feit' door de rechter. Deze invulling is door de jaren heen aan wijzigingen onderhevig geweest.<sup>[3]</sup> Sinds de inwerkingtreding in 1886 van artikel 68 Sr lag in eerste instantie de nadruk op de feitelijke (of: historische) aspecten van de ten laste gelegde gedragingen, terwijl de Hoge Raad tussen – grofweg – de jaren dertig en zestig juist de nadruk legde op de juridische aard van de gedragingen. Zo kon het dat vóór 1932 een veroordeling door de kantonrechter voor het vervoeren van runderen (destijds een overtreding van de Veewet) een blokkade opwierp tegen de nadien ingestelde vervolging wegens het inrijden op twee veldwachters die

na constatering van het runderenvervoer tevergeefs een stopteken gaven, terwijl na 1932 beide feiten afzonderlijk voor strafrechtelijke vervolging in aanmerking kwamen.<sup>[4]</sup> Meer aandacht voor de juridische aard van de gedragingen betekende immers dat minder belang werd toegekend aan het gegeven dat de ten laste gelegde feiten gelijktijdig, op dezelfde plaats, en in één gedraging hadden plaatsgevonden. In het hierboven genoemde voorbeeld kan dat niet eens zo onwenselijk worden geacht; het inrijden op veldwachters is geen gering delict, zeker niet in vergelijking tot de overtreding van het verbod op runderenvervoer. Dat ligt wat anders in de situatie die zich voordeed op de Brakelse kermis: in een danstent schopte en sloeg de dronken verdachte een veldwachter. Eerst veroordeeld wegens het mishandelen van de veldwachter, werd verdachte daarna vervolgd wegens het in staat van dronkenschap de orde verstoren door datzelfde trappen en slaan van de veldwachter. De rechtbank had het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard in die laatste vervolging, maar de Hoge Raad casseerde op grond van het feit dat het kenmerkende van beide ten laste gelegde feiten uiteenliep, als gevolg waarvan van twee verschillende feiten in de zin van artikel 68 Sr sprake was.<sup>[5]</sup> Hoe waar dat ook moge zijn – inderdaad ligt aan het verbod op ordeverstoring een andere reden voor strafbaarstelling ten grondslag dan aan het verbod op mishandeling – Taverne stelt in zijn noot onder dit arrest terecht de vraag of het nou zo nodig is om de verdachte ook nog te vervolgen voor ordeverstoring, terwijl hij al voor mishandeling veroordeeld was. Eveneens terecht beantwoordt hij deze vraag ontkennend, maar dat heeft meer te maken met de volgorde waarin deze vervolgingen plaatsvonden dan met de principiële gedachte die aan artikel 68 Sr ten grondslag ligt. Ware de verdachte immers eerst voor de ordeverstoring veroordeeld, dan pleit volgens Taverne de ernst van de nadien te vervolgen feiten (mishandeling) vóór een juridische invulling van het feitsbegrip. Met andere woorden, de nadelen die een nadruk op de juridische aard van de gedragingen met zich brengen, wegen niet op tegen de voordelen ervan. Toch heeft de Hoge Raad er sinds het begin van de jaren zestig voor gekozen de middenweg te bewandelen en de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ te beantwoorden door zowel juridische als feitelijke aspecten van beide ten laste gelegde gedragingen in aanmerking te nemen. Op die wijze zou beter recht kunnen worden gedaan aan de ratio van artikel 68 Sr. In het reeds aangehaalde arrest van 1 februari 2011 bevestigde de Hoge Raad nogmaals dat voor de beoordeling van de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ getoetst wordt of sprake is van

“een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en schuld van de dader, dat de strekking van het artikel (68 Sr, JWO) meebrengt dat zij in de zin van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken”.<sup>[6]</sup>

Dat dit criterium de feitelijke en juridische dimensie combineert, blijkt uit de vergelijkingsfactoren die volgens de Hoge Raad bij de toetsing van dit criterium als relevant hebben te gelden. Het gaat dan om de juridische aard van de feiten enerzijds (waarbij de beschermde rechtsgoederen en de strafmaxima een rol van betekenis spelen), en om de gedraging van de verdachte anderzijds.<sup>[7]</sup> Hoewel niet automatisch, kán volgens de Hoge Raad een ‘aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen’ de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van twee verschillende feiten.<sup>[8]</sup> Met andere woorden: als de strekking van de toepasselijke strafbepalingen wezenlijk uiteenloopt, kan worden geconcludeerd dat sprake is van andere feiten.<sup>[9]</sup>

In Nederland komt een tweede vervolging voor ‘hetzelfde feit’ weinig meer voor.<sup>[10]</sup> Toch rijst nu en dan de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr, bijvoorbeeld in het kader van artikel 313 Sv: op grond van deze bepaling is op vordering van de officier van justitie wijziging van de tenlastelegging mogelijk, mits die wijziging *niet* tot gevolg heeft dat lopende de vervolging ineens voor een ander feit wordt vervolgd dan aanvankelijk het geval was. Bij de beoordeling van de vraag of na

eventuele wijziging van de tenlastelegging nog wel sprake is van 'hetzelfde feit' geldt dezelfde maatstaf als in het kader van het *ne bis in idem* beginsel ex artikel 68 Sr (artikel 313 lid 2 Sv).

Recentelijk nog leidde de invulling van het feitsbegrip door het Gerechtshof Amsterdam in het kader van toepassing van artikel 313 Sv tot een geslaagd cassatieberoep.<sup>[11]</sup> De aanvankelijk tenlastegelegde gedraging in hoger beroep betrof het plegen van strafbare voorbereidingshandelingen in de zin van artikel 10a Opiumwet. In de woning van verdachte waren namelijk voorwerpen aangetroffen die in verband konden worden gebracht met diens vermeende betrokkenheid bij de voorbereiding van illegale drugshandel: een sealapparaat, stofkappen, verpakkingsmateriaal, een drukpers, hoeveelheden paracetamol, coffeïne en manitol.

Hier was het echter niet bij gebleven; in de woning van verdachte waren tevens grote sommen geld aangetroffen. Deze laatste vondst vormde voor de advocaat-generaal aanleiding om in hoger beroep wijziging van de tenlastelegging te vorderen, in die zin dat deze zou worden uitgebreid met opzettelijk witwassen ex artikel 420bis Sr. Het Hof had die vordering tot wijziging van de tenlastelegging toegewezen en motiveerde dit door te stellen dat tussen beide ten laste gelegde gedragingen een zodanige mate van verwantschap bestond dat beide gedragingen deel uitmaakten van hetzelfde materiële feitencomplex in de zin van artikel 68 Sr. Met andere woorden: ook na uitbreiding van de tenlastelegging met opzettelijk witwassen zou volgens het Hof nog steeds sprake zijn van 'hetzelfde feit', als gevolg waarvan wijziging toelaatbaar werd geacht. De verdediging klaagde in cassatie dat de vordering onterecht was toegewezen: van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr zou geen sprake zijn. De Hoge Raad ging daarin mee en zag geen grond voor wijziging van de tenlastelegging, omdat '[z]owel het verschil in de juridische aard van de aan de verdachte verweten feiten als het verschil tussen de omschreven gedragingen [...] dermate groot [is] dat geen sprake kan zijn van "hetzelfde feit" in de zin van artikel 68 Sr'.<sup>[12]</sup>

In dit specifieke geval wekt het geen verbazing dat de Hoge Raad tot de slotsom komt dat van 'hetzelfde feit' geen sprake is.<sup>[13]</sup> Toch is de zaak interessant, omdat die door de Hoge Raad wordt aangegrepen om de in de rechtspraak ontwikkelde maatstaf tot toetsing van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' te verduidelijken. Aanleiding hiervoor vindt de Hoge Raad onder meer in Europese regelgeving en recente Europese rechtspraak over het *ne bis in idem*-beginsel in het algemeen en het feitsbegrip in het bijzonder.<sup>[14]</sup> Evenwel ziet ons hoogste rechtscollege in die regelgeving en rechtspraak geen grond voor aanpassing van de in de nationale rechtspraak ontwikkelde maatstaf voor toetsing van 'hetzelfde feit'. Waarom niet, en wat is precies de personele werkingssfeer en reikwijdte van die Europese regelgeving? En welke invulling krijgt het feitsbegrip binnen die Europese rechtspraak? In het navolgende zal een overzicht worden gegeven.

## 3 Relevante Europese regelgeving en rechtspraak

In het navolgende wordt ingegaan op vier verschillende *ne bis in idem* bepalingen die op Europees niveau, zowel in het kader van de Raad van Europa als in het verband van de Europese Unie, zijn gecreëerd. Speciale aandacht wordt gegeven aan de (rechterlijke) invulling van het begrip 'hetzelfde feit'.

### 3.1 Artikel 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst

In de Europese Unie is de afgelopen jaren veel aandacht uitgegaan naar Artikel 54 van de Overeenkomst ter uitvoering van het Schengenverdrag (SUO). Deze uitvoeringsovereenkomst kwam tot

stand in 1990 en werd als onderdeel van het Schengen *acquis* middels een protocol bij het verdrag van Amsterdam geïncorporeerd in de rechtsorde van de Europese Unie.<sup>[15]</sup> Artikel 54 SUO codificeert een verbod op vervolging van een persoon die ter zake van dezelfde feiten reeds bij onherroepelijk vonnis is berecht, waar ook in de Europese Unie ('door een Overeenkomstsluitende Partij').

De Unie-brede waarborg die artikel 54 SUO biedt tegen meervoudige aansprakelijkstelling voor hetzelfde feit moet worden begrepen tegen de achtergrond van de voortschrijdende integratie in de Europese Unie. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Schengen werden de binnengrenzen in de Europese Unie afgeschaft, als gevolg waarvan het vrije verkeer van personen in belangrijke mate werd gefaciliteerd. Om echter te voorkomen dat gebruikmaking van dit vrije verkeer al te gemakkelijk zou resulteren in herhaalde vervolging voor dezelfde feiten in verschillende lidstaten, werd artikel 54 SUO in het leven geroepen. Overigens kunnen staten bij het ratificeren of bekrachtigen van de SUO hebben bepaald dat zij in bepaalde gevallen niet aan deze *ne bis in idem* bepaling gebonden zijn, bijvoorbeeld als het feiten betreft die geheel of gedeeltelijk op nationaal grondgebied zijn gepleegd (artikel 55 SUO). Nederland heeft een dergelijke verklaring nooit afgelegd.

Dat betekent dat Nederland aan artikel 54 SUO gebonden is, voor zover de verdachte voor dezelfde feiten reeds is berecht door een andere 'Overeenkomstsluitende Partij'.

Vanwege de transnationale werkingssfeer biedt artikel 54 SUO, in vergelijking tot de meeste andere *ne bis in idem*-bepalingen, een duidelijk ruimere bescherming tegen meervoudige aansprakelijkstelling voor hetzelfde feit. Immers, de meeste *ne bis in idem*-bepalingen verbieden 'slechts' een tweede vervolging wegens hetzelfde feit wanneer de eerste vervolging of berechting eveneens binnen de eigen nationale rechtsorde plaatsvond. Tegelijkertijd bevat artikel 54 SUO een belangrijke beperking: wanneer immers in een andere lidstaat berechting tot een straf of maatregel heeft geleid, maar deze straf of maatregel is nog niet ten uitvoer gelegd, dan staat artikel 54 SUO niet in de weg aan een nieuwe vervolging voor dezelfde feiten door een andere lidstaat. Deze zogenoemde uitvoeringsvoorwaarde brengt dus met zich dat persoon X, nadat hij in Duitsland tot een gevangenisstraf is veroordeeld wegens de uitvoer naar Nederland van een bepaalde hoeveelheid cocaïne, maar X aan tenuitvoerlegging ontkomt door naar Nederland te vluchten, vervolgens door het openbaar ministerie alhier kan worden vervolgd voor de invoer in Nederland van dezelfde hoeveelheid cocaïne.<sup>[16]</sup> Mijns inziens moet deze uitvoeringsvoorwaarde eveneens worden gezien in het licht van het streven naar verdere Europese integratie. Hoewel de verdwijning van grenzen niet tot gevolg mag hebben dat zij, die gebruik maken van hun recht op vrij personenverkeer, daarvan nadeel ondervinden door in meerdere lidstaten een strafrechtelijke vervolging voor dezelfde feiten te moeten vrezen, mag de uitoefening van dit recht op vrij reizen en vrij verblijf in de gehele Unie evenmin tot gevolg hebben dat al te gemakkelijk aan bestraffing kan worden ontkomen.

Al meermalen heeft het Luxemburgse rechtscollege zich mogen uitspreken over de interpretatie van artikel 54 SUO. Daarbij is ook het feitsbegrip verschillende keren aan de orde gekomen. Het spreekt voor zich dat het Hof van Justitie zich bij de uitlegging van 'dezelfde feiten' primair laat leiden door de hierboven beschreven context waarbinnen artikel 54 SUO tot stand is gekomen. Zoals blijkt uit de *Van Esbroeck-zaak* – de eerste zaak waarin om een uitleg van het feitsbegrip werd gevraagd – benadrukt het Hof van Justitie dat de toepassing van artikel 54 SUO niet afhankelijk is gemaakt van voorafgaande harmonisatie van het materiële strafrecht van de lidstaten. Om die reden ligt het volgens het Hof van Justitie voor de hand om bij de beoordeling of sprake is van 'dezelfde feiten' een feitelijk criterium aan te leggen. Een ander criterium, waarin de juridische kwalificatie of het beschermde rechtsbelang de doorslag zou geven, zou immers, naar het oordeel van het Hof van Justitie onvoldoende stroken met de

doelstelling van artikel 54 SUO:

“Bij gebreke van harmonisatie van de nationale strafwetgevingen zou een criterium dat is gebaseerd op de juridische kwalificatie van de feiten of op het beschermde rechtsbelang, in de Schengen-ruimte evenveel belemmeringen van het vrije verkeer doen ontstaan als er strafrechtssystemen in de overeenkomstsluitende staten zijn.”<sup>[17]</sup>

Kortom: om te beoordelen of sprake is van ‘dezelfde feiten’ in de zin van artikel 54 SUO gelden de materiële (of: historische) feiten als maatstaf. Het Hof van Justitie verwoordt het aldus dat:

“Het relevante criterium voor de toepassing van dit artikel de gelijkheid van de materiële feiten is, begrepen als het bestaan van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang.”<sup>[18]</sup>

Hoewel aan de nationale rechter wordt overgelaten of van een zodanige gelijkheid van de materiële feiten in een concrete zaak sprake is, geeft het Hof wel aan dat dit in beginsel het geval is als het gaat om enerzijds de invoer van verdovende middelen en anderzijds de uitvoer van dezelfde verdovende middelen, zoals in de zaak *Van Esbroeck*.<sup>[19]</sup> Daarvan kan voorts sprake zijn, zo blijkt uit de zaak *Van Straaten*<sup>[20]</sup>, wanneer de hoeveelheden drugs verschillen of wanneer de (naast verdachte) van deelneming verdachte personen niet gelijk zijn. In de zaak *Van Straaten* betrof het enerzijds een hoeveelheid heroïne (1000 gram) waarvoor in Nederland reeds een vervolging had plaatsgevonden en een sanctie was ondergaan, welke hoeveelheid onderdeel uitmaakte van een grotere hoeveelheid heroïne (5 kilogram), waarvoor vervolgens de Italiaanse autoriteiten wensten te vervolgen. Verder waren de personen die enerzijds door de Nederlandse autoriteiten en anderzijds door de Italiaanse autoriteiten als medeverdachten werden beschouwd, niet geheel dezelfde. Toch kunnen ook die niet volledig gelijke feiten een geheel van feiten vormen ‘die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn’.<sup>[21]</sup> Niet voldoende is echter de enkele omstandigheid dat de aan de orde zijnde feiten door ‘hetzelfde misdadige opzet’ aan elkaar zijn verbonden,<sup>[22]</sup> anders gezegd: uit hetzelfde wilsbesluit voortkomen.<sup>[23]</sup> Een zodanig verband is te subjectief, terwijl het Hof nu juist een objectief criterium voorschrijft: een onlosmakelijk met elkaar verbonden geheel van feiten. Nu hoeft het een het ander uiteraard niet uit te sluiten, maar een subjectief verband tussen feiten betekent niet automatisch dat ook een objectief verband tussen feiten bestaat in de zin van *idem*. Heel goed kan een persoon die in Nederland geldsommen uit drugshandel verwerft en voorhanden heeft (opzetheling) van meet af aan het voornemen hebben om die geldsommen op een later moment in België te witwassen, zoals in de zaak *Kraaijenbrink* het geval was; dat maakt die verschillende feiten echter nog geen onlosmakelijk met elkaar verbonden geheel van feiten. Daarvoor moet namelijk tussen de geldsommen in verband waarmee eerst in Nederland en daarna in België een vervolging plaatsvond, een objectief verband bestaan en dat is lastig aan te tonen wanneer, zoals in de zaak *Kraaijenbrink*, niet is komen vast te staan dat die geldsommen geheel of deels afkomstig zijn uit dezelfde drugstransactie. Met de enkele omstandigheid dat de feiten waarvoor twee maal een vervolging werd ingesteld verbonden waren door hetzelfde misdadige opzet, kan een objectief verband echter niet worden aangenomen. Meer aanwijzingen voor een objectief verband bestonden in de zaak *Kretzinger*, maar dat objectieve verband, zo herhaalde het Hof van Justitie, had niets van doen met het zelfde misdadige opzet dat aan de feiten ten grondslag zou liggen.<sup>[24]</sup> *Kretzinger* had gesmokkelde buitenlandse tabak in ontvangst genomen met het doel die tabak zonder het betalen van invoerrechten over het grondgebied van verschillende lidstaten naar een bepaalde eindbestemming te transporteren.

Kretzinger was voor de invoer en het bezit van gesmokkelde buitenlandse tabak, alsmede voor het niet-betalen van heffing aan de grens, in Italië veroordeeld. Kon hij vervolgens in Duitsland worden veroordeeld wegens ontduiking van invoerrechten middels het in ontvangst nemen van diezelfde buitenlandse gesmokkelde tabak? Het is geenszins ondenkbaar dat transporten van gesmokkelde tabakswaaren waarbij meermalen binnengrenzen van de Schengenruimte worden overschreden een onlosmakelijk verbonden geheel van feiten vormen, als het tenminste (deels) gaat om dezelfde tabakswaaren.<sup>[25]</sup> Het definitieve oordeel komt uiteraard de nationale rechter toe.

### 3.2 Het feitsbegrip in de context van overlevering: artikel 3(2) Kaderbesluit EAB

Wat betekent dit alles in de context van het stelsel van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie? Uit het onderliggende kaderbesluit blijkt dat het beginsel van *ne bis in idem* in die context middels de figuur van de weigeringsgrond ook nog eens gewaarborgd wordt. Ingevolge artikel 3(2) van het Kaderbesluit inzake een Europees aanhoudingsbevel (hierna: KB EAB) levert een eerdere onherroepelijke berechting voor dezelfde feiten zelfs een verplichte grond op om overlevering van de opgeëiste persoon te weigeren.<sup>[26]</sup>

Deze bepaling was nog niet zo lang geleden aan de orde in de zaak *Mantello*. In november 2010 beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) enkele prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Stuttgart (Duitsland) in de aldaar lopende EAB-procedure tegen de Italiaanse onderdaan Gaetano Mantello.<sup>[27]</sup> Tegen deze Mantello was in 2008 door de Italiaanse autoriteiten een Europees arrestatiebevel (EAB) uitgevaardigd, omdat Mantello in de periode januari 2004-november 2005 in het verband van een criminele organisatie zou hebben deelgenomen aan sluikhandel in cocaïne in Italië en Duitsland. De in Stuttgart woonachtige Mantello werd, op basis van het EAB, gearresteerd. Het was vervolgens aan de Duitse rechter om te beslissen over de overlevering van Mantello aan Italië.

Die beslissing bleek nog niet zo gemakkelijk genomen. De Duitse rechter zag zich namelijk geconfronteerd met een eerdere veroordeling van Mantello: in 2005 was hij door de Rechtbank van Catania (Italië) veroordeeld wegens illegaal bezit van 150 gram voor wederverkoop bestemde cocaïne. Het is van belang hierbij te vermelden dat de ontdekking van dit illegaal drugsbezit alles te maken had met een toen al lopend onderzoek van de Italiaanse opsporingsinstanties naar Mantello's aandeel in de georganiseerde sluikhandel in verdovende middelen. Als onderdeel van dat onderzoek werd Mantello onder andere geschaduwd tijdens binnenlandse reizen en tijdens reizen tussen Italië en Duitsland. In 2005, gedurende een treinrit van Duitsland naar Italië werd Mantello door de spoorwegpolitie te Italië aangehouden en gefouilleerd, hetgeen leidde tot de ontdekking van de 150 gram cocaïne en, uiteindelijk, tot de veroordeling die in 2006 onherroepelijk werd. Wat was nu de verhouding tussen het illegaal drugsbezit dat in 2005 leidde tot een veroordeling (individueel delict) en de georganiseerde sluikhandel in verdovende middelen, waar Mantello blijkens het EAB van werd verdacht (organisatiedelict)? Immers, vormt het individuele delict geen onderdeel van het organisatiedelict? En in hoeverre moet worden meegewogen dat reeds in 2005 de Italiaanse autoriteiten al over voldoende bewijsmiddelen beschikten om Mantello officieel als verdachte van de georganiseerde sluikhandel aan te merken en hem hiervoor te vervolgen? Enkel in het belang van het onderzoek werd destijds van verdere stappen afgezien en pas in 2008 werd een aanhoudingsbevel uitgevaardigd.

Voor deze vragen, welke verband houden met het fundamentele beginsel van *ne bis in idem*, zag de Duitse overleveringsrechter zich gesteld. Ook in de context van de overlevering geldt immers een verbod op dubbele berechting: zoals reeds vermeld zou ingevolge artikel 3(2) KB EAB de overlevering van Mantello aan Italië geweigerd moeten worden als uit gegevens waarover de Duitse autoriteiten

beschikken, zou blijken dat Mantello voor dezelfde feiten reeds onherroepelijk door Italië of een andere lidstaat is berecht. Was daarvan sprake?

Dan rijst uiteraard eerst de vraag wanneer überhaupt sprake is van dezelfde feiten in de zin van artikel 3(2) KB EAB, meer bepaald of het feitsbegrip moet worden uitgelegd volgens het recht van de uitvaardigende lidstaat (*in casu* Italië), volgens het recht van de uitvoerende lidstaat (*in casu* Duitsland) dan wel of hieraan een autonome uitlegging toekomt. Het Hof kiest voor het laatste.<sup>[28]</sup> Zou immers de beoordeling of sprake is van 'dezelfde feiten' worden overgelaten aan de lidstaten, dan zou dat de eenvormige toepassing van het Unierecht in gevaar brengen.<sup>[29]</sup> Voor het antwoord op de vraag wat die autonome invulling van het begrip 'dezelfde feiten' dan precies behelst, zoekt het Hof expliciet aansluiting bij de rechtspraak die het ontwikkelde in het kader van artikel 54 SUO, omdat artikel 3(2) KB EAB dezelfde doelstelling heeft als deze Schengenbepaling.<sup>[30]</sup> Bij de beoordeling van de vraag of het bezit van 150 gram cocaïne enerzijds én de georganiseerde sluikehandel in verdovende middelen anderzijds beschouwd moeten worden als 'dezelfde feiten' is, met andere woorden, noch van belang hoe beide gedragingen juridisch gekwalificeerd worden noch welk rechtsgoed de relevante strafbaarstellingen beogen te beschermen; de enige vraag die voorligt is de vraag of beide gedragingen materieel gezien hebben te gelden als 'een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn'. Als dat het geval is, zou overlevering aan Italië geen doorgang mogen vinden.

Hoewel het Hof vervolgens een andere weg inslaat dan de Duitse overleveringsrechter – immers, volgens het Hof ging diens vraag in feite over het begrip *bis* in plaats van over het begrip *idem*<sup>[31]</sup> – is duidelijk dat ook in het kader van overlevering tussen de EU lidstaten, eenheid van tijd een plaats doorslaggevend zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een eerdere berechting voor 'dezelfde feiten'.

### 3.3 Artikel 4 lid 1 Protocol 7 EVRM

Het Zevende Protocol bij het EVRM dateert van 22 november 1984 en bevat in artikel 4 (hierna: artikel 4P7 EVRM) het recht om niet tweemaal te worden berecht of bestraft binnen de rechtsmacht van dezelfde staat. Met dit laatste – binnen de rechtsmacht van dezelfde staat – is meteen een belangrijke beperking van deze *ne bis in idem* bepaling ten opzichte van artikel 54 SUO gegeven. Immers, artikel 54 SUO beschermt tegen een tweede vervolging voor hetzelfde feit binnen de gehele Schengenruimte, en daarmee als vanzelf binnen de gehele Europese Unie. De toepassing van artikel 4P7 EVRM is echter, bij onherroepelijke veroordelingen waarbij een straf of maatregel is opgelegd niet gebonden aan de voorwaarde dat die straf of maatregel reeds is ondergaan. Met andere woorden: artikel 4P7 EVRM bevat geen uitvoeringsvoorwaarde, zoals artikel 54 SUO en artikel 68 lid 2 Sr.

Nederland heeft het Zevende Protocol nooit geratificeerd.<sup>[32]</sup> Dit heeft tot gevolg dat Straatsburgse rechtspraak over het feitsbegrip geen dwingende gevolgen heeft voor de uitlegging van 'hetzelfde feit' ex artikel 68 Sr. Dat neemt niet weg, zo stelt ook de Hoge Raad, dat die rechtspraak ter inspiratie kan dienen.<sup>[33]</sup> In dat kader is vermeldenswaardig dat het EHRM, mede onder invloed van Luxemburgse rechtspraak, sinds 2009 voor een ruimere benadering van het bestanddeel 'idem' heeft gekozen dan voorheen. Aanleiding was de klacht van Zolotukhin dat Rusland artikel 47P had geschonden. De dronken Zolotukhin had, na te zijn gearresteerd op verdenking van een strafbaar feit, zich bedreigend en beledigend uitgelaten tegen agenten. Was er sprake van *bis in idem* door Zolotukhin eerst langs administratiefrechtelijke weg te veroordelen wegens verstoring van de openbare orde, en hem vervolgens strafrechtelijk te veroordelen wegens het bedreigen en beledigen van ambtenaren? Het EHRM kiest expliciet voor een feitelijke, en dus ruime, uitleg van 'idem': het moet gaan om dezelfde feiten of feiten die wezenlijk hetzelfde zijn ('identical facts, or facts which are substantially the same',

par. 82).<sup>[34]</sup> Het college overweegt dat een uitleg gebaseerd op de juridische kwalificatie van de ten laste gelegde gedragingen de doelstelling van artikel 4P7 gemakkelijk zou kunnen ondermijnen, omdat het de adressant, in dit geval Zolotukhin, te weinig bescherming zou bieden tegen dubbele vervolging. Immers, zou de juridische kwalificatie uitgangspunt vormen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van dezelfde feiten, dan zou de administratiefrechtelijke veroordeling wegens verstoring van de openbare orde (welke verstoring gelegen was in het bedreigen en beledigen van ambtenaren) niet in de weg staan aan de strafrechtelijke veroordeling voor het bedreigen en beledigen van ambtenaren, terwijl het feitelijk gezien om dezelfde gedragingen gaat.

### 3.4 Artikel 50 EU-Handvest

Sinds 1 december 2009 heeft het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) een bindend karakter.<sup>[35]</sup> Relevant in het kader van deze bijdrage is artikel 50, waarin het recht is vervat om niet tweemaal voor hetzelfde delict te worden berecht of bestraft *binnen de Unie*. Artikel 50 Handvest heeft dus duidelijk een bredere werkingssfeer dan Artikel 4P7 EVRM, dat immers alleen geldt binnen de rechtsmacht van dezelfde staat. Dat Artikel 50 Handvest daarenboven geldt in de verhoudingen tussen de lidstaten, stemt overeen met de werkingssfeer van artikel 54 SUO.<sup>[36]</sup> Daarbij dient wel te worden aangetekend dat artikel 50 Handvest niet beschermt tegen *bis in idem* in zuiver nationale situaties.<sup>[37]</sup> Immers, net als alle andere bepalingen van het Handvest, bindt deze relatief nieuwe *ne bis in idem*-bepaling namelijk primair de EU-instellingen; de lidstaten dienen zich slechts dán aangesproken te voelen wanneer zij ‘het recht van de Unie ten uitvoer brengen’ (artikel 51 lid 1 Handvest). Dat is een belangrijke beperking. Tegelijkertijd moet er rekening mee worden gehouden dat lidstaten geregeld Unierecht ten uitvoer brengen, zonder zich daarvan bewust te zijn. Bij de uitvaardiging, behandeling of tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel zullen de betrokken (autoriteiten van de) lidstaten zich hoogstwaarschijnlijk wel bewust zijn van het feit dat zij daarmee Unierecht ten uitvoer brengen. Maar hoe zichtbaar is de Unierechtelijke herkomst van velerlei andere nationale wetgeving? Ik roep in herinnering dat de strafbaarstelling van aan terrorisme gerelateerde misdrijven voor een belangrijk deel implementatiewetgeving betreft als gevolg van twee kaderbesluiten uit 2002 en 2008.<sup>[38]</sup> Voorts wordt, bij wijze van voorbeeld, Unierecht ten uitvoer gebracht als een persoon wordt vervolgd voor het zonder vergunning invoeren in Nederland van LSD (hallucinogeen middel lyserginezuur), hetgeen immers als economisch delict strafbaar is gesteld ter implementatie van een EG-verordening<sup>[39]</sup> (artikel 1 sub 1° WED *juncto* artikel 2 sub a Wet voorkoming misbruik chemicaliën).<sup>[40]</sup>

Hoe dient nu het feitsbegrip in artikel 50 Handvest te worden geïnterpreteerd? De toelichting op deze bepaling geeft dat deels zelf al aan:

“Wat de in artikel 4 van het Zevende Protocol bedoelde situaties betreft, namelijk de toepassing van het beginsel binnen de rechtsmacht van dezelfde staat, heeft het gewaarborgde recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het overeenkomstige recht van het EVRM”.<sup>[41]</sup>

Met andere woorden: wanneer het gaat om een (mogelijk) tweede vervolging binnen Nederland én er is sprake van het ten uitvoer brengen van Unierecht, dan zal bij de vraag of die tweede vervolging inderdaad ‘hetzelfde feit’ betreft als de eerste vervolging, de Straatsburgse maatstaf – gaat het om (wezenlijk) dezelfde feiten? – moeten worden gehanteerd. Via de weg van het Handvest krijgt de feitelijke benadering van de *idem*-component dus alsnog betekenis binnen Nederland, mits het een situatie betreft – ik herhaal het nog maar eens – waarin toepassing wordt gegeven aan recht van de

Europese Unie.

Daarmee blijft open de vraag welke uitlegging toekomt aan de *idem*-component wanneer de eerste vervolging in een andere lidstaat heeft plaatsgevonden. Daarover zwijgt de toelichting op artikel 50 Handvest. Het lijkt mij echter voor de hand te liggen dat in dergelijke situaties de uitlegging van het feitsbegrip zoals ontwikkeld in het kader van artikel 54 SUO wordt gevolgd. Immers, het Handvest beoogt primair bestaande rechten te codificeren in plaats van nieuwe rechten te creëren.<sup>[42]</sup> Dat betekent dat in alle gevallen waarin artikel 50 Handvest van toepassing is, de feitelijke benadering moet worden gehanteerd bij de uitleg van het begrip *idem*.

## 4 Pleidooi voor terugkeer naar het feitelijk criterium

### 4.1 Uiteenlopende mate van bescherming op verschillende niveaus

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat met de veelheid aan *ne bis in idem* bepalingen verschillende niveaus van bescherming tegen dubbele vervolging en bestraffing zijn ontstaan in de Europese Unie en dat op die verschillende niveaus de uitlegging van het feitsbegrip uiteen loopt. Het eerste te onderscheiden niveau betreft de situatie binnen één en dezelfde jurisdictie waarbij enkel sprake is van de toepassing van nationaal recht. Passen we die situatie toe op Nederland, dan geldt slechts artikel 68 lid 1 Sr en dus de nationale uitlegging van het begrip *idem*. Op dat niveau geldt voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' dan ook dat niet alleen wordt gekeken naar de eenheid van tijd en plaats van de aan de orde zijnde gedragingen, maar dat ook belang wordt gehecht aan de juridische aard van die gedragingen, inclusief de beschermde rechtsgoederen en de gestelde strafmaxima. Sterker nog, de juridische aard van de feiten en/of gedragingen kán op dat niveau een doorslaggevende factor zijn, als het verschil in strekking van de toepasselijke strafbepalingen geacht wordt wezenlijk uiteen te lopen (zie paragraaf 2).

Het tweede te onderscheiden niveau betreft de situatie binnen één en dezelfde jurisdictie, waarbij sprake is van de toepassing van Unierecht. In die gevallen is Nederland gebonden aan artikel 50 Handvest en geldt via deze bepaling de Straatsburgse uitlegging van het begrip *idem*. Dat wil zeggen dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' enkel wordt gekeken of de tenlaste gelegde gedragingen dezelfde feiten betreffen dan wel feiten die wezenlijk hetzelfde zijn ('identical facts, or facts which are substantially the same'). De juridische aard van die gedragingen is van geen belang.

Tot slot geldt het niveau waarbij de verschillende gedragingen in twee lidstaten van de Europese Unie zijn tenlastegelegd en/of berecht. Wanneer de situatie ontstaat dat Nederland jegens een persoon strafvorderlijke handelingen instelt en de vraag rijst of een eerdere onherroepelijke beslissing jegens deze persoon in een andere lidstaat wel of niet dezelfde feiten betrof, dan is artikel 54 SUO<sup>[43]</sup> van toepassing. Het betreft hier de situatie waar artikel 68 lid 2 Sr tevens op doelt, waarbij de 'andere rechter' een rechter in een andere lidstaat van de Europese Unie is. In dat geval moet blijkens Luxemburgse rechtspraak voor de beantwoording van de vraag of inderdaad sprake is van *idem* uitsluitend worden gekeken naar de gelijkheid van de materiële feiten, ofwel of de gedragingen moeten worden beschouwd als een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn – net zoals geldt op het tweede niveau. Ook op dit niveau geldt dus dat de juridische aard van die gedragingen van geen betekenis is.

Als ik hierbij optel dat de verschillende bepalingen ook nog verschillen in reikwijdte – immers, artikel 50

Handvest stelt in tegenstelling tot artikel 54 SUO geen uitvoeringsvoorwaarde én beperkt zich, eveneens in tegenstelling tot artikel 54 SUO, tot vrijspraken en veroordelingen – dan is duidelijk hoezeer de bescherming tegen dubbele vervolging en bestraffing op de verschillende niveaus uiteen loopt.

## 4.2 Terug naar het feitelijk criterium?

De stelling van de Hoge Raad dat de Europese ontwikkelingen geen reden vormen om de Nederlandse toetsingsmaatstaf te veranderen, klopt dus maar deels. Immers, in die situaties waarin het Handvest van toepassing is omdat Nederland Unierecht ten uitvoer brengt, moet, zelfs als geen sprake is van een grensoverschrijdende situatie via Straatsburg tóch het criterium van de materiële feiten worden toegepast (niveau 2).

Bij die stand van zaken is onvermijdelijk dat Nederland in verschillende situaties verschillende feitsinterpretaties moet hanteren. Daarbij is in elk geval duidelijk dat de juridische aard van de gedragingen slechts dan een rol van betekenis mag spelen wanneer zowel het eerste als het tweede strafvorderlijk optreden binnen de Nederlandse rechtsorde plaatsvindt en slechts sprake is van toepassing van nationaal recht (niveau 1). In alle andere situaties mogen de juridische kwalificatie, de beschermde rechtsgoederen en de maximale strafbedreiging niet worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' (niveau 2 en 3).

Hoe groot zijn nu de verschillen tussen deze uiteenlopende interpretaties van het feitsbegrip? Ten aanzien van, bijvoorbeeld, de zaken die speelden voor het Hof van Justitie kan men zich afvragen of het aanleggen van de maatstaf van de Hoge Raad niet tot dezelfde uitkomst had geleid. Het komt mij echter voor dat deze vraag alleen bevestigend kan worden beantwoord in die gevallen waarin door de Hoge Raad – conform vaste rechtspraak – zowel juridische als feitelijke elementen worden meegewogen, zoals in het meermalen aangehaalde arrest van 1 februari 2011.<sup>[44]</sup> Immers, het is – eveneens conform vaste rechtspraak – mogelijk dat het verschil in juridische aard van de gedragingen de doorslag geeft bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit'; juist in die gevallen worden de verschillen tussen de feitsinterpretaties op de verschillende niveaus scherp zichtbaar. Een recent voorbeeld van een zaak waarin de juridische aard van de gedragingen daadwerkelijk doorslaggevend werd bevonden betreft HR 6 maart 2012.<sup>[45]</sup> Ook ditmaal betrof het een klacht van verdedigingszijde tegen de toewijzing in hoger beroep van een vordering tot wijziging van de tenlastelegging (artikel 313 Sv). Oorspronkelijk was ten laste gelegd een (poging tot) opzettelijke (zware) mishandeling van een politieambtenaar (artikel 304 *juncto* artikel 45 Sr) door met een bromfiets tegen die ambtenaar aan te rijden. In hoger beroep werd op vordering van de advocaat-generaal de tenlastelegging uitgebreid met als meer subsidiair feit artikel 6 WVV (zwaar lichamelijk letsel door schuld) en als meest subsidiair feit artikel 5 WVV (onvoorzichtig gevaarzettend rijgedrag). De Hoge Raad casseerde. Voor wijziging van de tenlastelegging was geen grond, nu naar zijn oordeel de gedraging die na wijziging ten laste werd gelegd, een 'ander feit' betrof dan de oorspronkelijk ten laste gelegde gedraging, puur vanwege het verschil in juridische aard van de verschillende toepasselijke delictomschrijvingen:

“In het onderhavige geval is zowel het verschil in de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheiden delictomschrijvingen strekken als het verschil in de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, dermate groot dat geen sprake kan zijn van “hetzelfde” feit in de zin van art. 68 Sr.”<sup>[46]</sup>

Ware hier een puur feitelijke benadering aangelegd, dan had, mijns inziens, de conclusie niet anders

kunnen luiden dan dat sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr. Dat betekent dat in voorkomende gevallen de huidige toetsingsmaatstaf daadwerkelijk tot een andere uitkomst leidt dan wanneer de feitelijke benadering zou zijn gehanteerd.

Hoe moet dit nu worden gewaardeerd? Het behoeft geen toelichting dat het de overzichtelijkheid en rechtszekerheid niet ten goede komt als binnen de Nederlandse rechtsorde verschillende interpretaties gelden van het begrip 'hetzelfde feit'. Maar is dat voldoende reden om terug te keren naar een feitsbegrip dat de materiële, historische feiten tot uitgangspunt neemt? Dat denk ik niet. Sterker nog, tégen toepassing van het feitelijk criterium kan worden tegengeworpen dat dit in voorkomende gevallen tot uiterst onbevredigende resultaten kan leiden. Daarop wijst ook de Hoge Raad<sup>[47]</sup> en niet onterecht. Immers, toepassing van het feitelijk criterium heeft tot gevolg dat wanneer het lichtste feit als eerste wordt vervolgd, een vervolging wegens het zwaardere feit nadien niet langer mogelijk is. Zoals Buruma stelt, is dat misschien nog enigszins te accepteren als de fout aan het openbaar ministerie alleen te wijten is, maar wordt het lastiger wanneer dit nadelige effect een gevolg is van de toegenomen vervaging tussen rechtsgebieden, met name tussen bestuurs- en strafrecht.<sup>[48]</sup> De toename aan mogelijkheden om een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen kan er namelijk toe leiden dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk is in de vervolging van dezelfde gedragingen die aan die bestuursrechtelijke sanctie ten grondslag liggen, maar die strafrechtelijk gezien als zwaarder feit hebben te gelden. Net zo lastig te accepteren is het wanneer het openbaar ministerie niet ontvankelijk is in de vervolging van een gedraging, omdat een andere lidstaat dezelfde persoon reeds berechtte naar aanleiding van diezelfde gedraging, maar waar een lichter feit ten laste was gelegd dan het Nederlandse openbaar ministerie van plan was ten laste te leggen. Naast dat dit vanuit het oogpunt van rechtshandhaving onbevredigend is, kan het bovendien, afhankelijk van welke gedragingen aan de orde zijn, lastig uitleggen zijn aan overige betrokkenen en aan de samenleving als geheel (denk aan het voorbeeld van de zaak *Brug te Nederhemert*).

Hoe waar dit ook moge zijn, mijns inziens kent een benadering van *idem* waarin de juridische aard van de gedragingen wordt meegewogen en van doorslaggevende betekenis kan zijn, een groter nadeel. Die benadering zorgt er namelijk voor dat het individu in mindere mate beschermd wordt tegen de (strafvorderlijk) optredende overheid, nu ten aanzien van feitelijk dezelfde gedragingen meermalen actie kan worden ondernomen. Dat dit eveneens tot zeer onbevredigende resultaten kan leiden, blijkt uit het eerder aangehaalde voorbeeld van de zaak *Brakelse kermis*. Van groter belang is echter dat dit zich nu eenmaal minder goed laat rijmen met de grondslag van het *ne bis in idem* beginsel als zodanig. Met andere woorden: middels het feitelijk criterium komt het rechtsbeschermende karakter van het *ne bis in idem* beginsel beter tot uitdrukking dan middels het juridische criterium. Met Buruma opteer ik dan ook voor een benadering die de verdachte beter beschermt, de feitelijke benadering dus.

Hiermee is een zelfstandige reden gegeven om volledig terug te keren naar een feitsbegrip dat de materiële, historische feiten tot uitgangspunt neemt. In aanvulling daarop is mijns inziens niet onbelangrijk dat de benadering waarbinnen de juridische aard van de gedragingen een belangrijke rol van betekenis speelt, in Europa inmiddels toch echt terrein heeft verloren. Die ontwikkeling kan toch ten minste tot nadenken stemmen. Toegegeven zij dat het uitschakelen van juridische elementen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van *idem* in het verband van de Europese Unie nauw samenhangt met de grote onderlinge verschillen op het terrein van het materiële strafrecht. In grensoverschrijdende situaties is daarom zo snel sprake van een verschil in juridische kwalificatie, dat het meewegen daarvan afbreuk zou doen aan de ratio achter een transnationale werking van het *ne bis in idem* beginsel (zie par. 3.1).<sup>[49]</sup> Een terechte vraag is of dat in een puur nationale situatie niet anders ligt en die vraag moet bevestigend worden beantwoord: dan is immers sprake van een enkel wetboek

van strafrecht. Echter, dat rechtvaardigt mijns inziens niet de conclusie dat in puur nationale situaties de juridische aard van de gedragingen als vanzelf wel moet worden meegewogen. Het bereik van het Nederlandse materiële strafrecht is in de tussentijd zo groot geworden, dat heel veel gedragingen onder meerdere delictsomschrijvingen vallen, bijvoorbeeld omdat die delictsomschrijvingen uiteenlopende rechtsbelangen beogen te beschermen. Het meewegen van de juridische aard van de gedragingen kan dus ook binnen de Nederlandse rechtsorde gemakkelijk afbreuk doen aan het rechtsbeschermende karakter van het beginsel van *ne bis in idem*.

Dat gesteld hebbende, moet niet vergeten worden dat in de Nederlandse rechtsorde het feitsbegrip voornamelijk aan de orde wordt gesteld in de context van artikel 313 Sv. Het is niet ondenkbaar dat juist deze omstandigheid de Hoge Raad er mede toe heeft gebracht vast te houden aan een feitsbegrip waarin de juridische aard van de gedragingen kan worden meegewogen en zelfs de doorslag kan geven in geval sprake is van een wezenlijk uiteenlopende strekking van de toepasselijke delictsomschrijvingen.<sup>[50]</sup> Door ook juridische elementen te laten meewegen, maakt hij het het openbaar ministerie moeilijker in hoger beroep de tenlastelegging te laten wijzigen en bestaat meer reden voor dat openbaar ministerie om in het vroegste stadium de zorgvuldigste keuzes te maken bij het opstellen van de tenlastelegging. Daar valt ook wel iets voor te zeggen. Tegelijkertijd geldt in mijn optiek dat deze omstandigheid niet kan worden tegengeworpen aan mijn pleidooi voor een ruimer feitsbegrip. Het is waar dat mijn pleidooi voor terugkeer naar het feitelijk criterium concreet met zich zou brengen dat het voor het openbaar ministerie makkelijker wordt in hoger beroep de tenlastelegging te laten wijzigen nu het feitsbegrip ex artikel 313 Sv aansluit bij de interpretatie van *idem* ex artikel 68 Sr. Die consequentie kan ik niettemin wel accepteren. Dat de verdachte rekening moet houden met de mogelijkheid van een gewijzigde tenlastelegging in hoger beroep is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming minder moeilijk uit te leggen dan dat de verdachte na een onherroepelijke veroordeling rekening zou moeten houden met strafvorderlijk optreden jegens hem in verband met feitelijk dezelfde gedragingen.

De tussenconclusie van deze bijdrage luidt aldus dat de Hoge Raad te kort door de bocht gaat wanneer hij stelt dat Europese regelgeving en rechtspraak geen aanleiding vormt tot aanpassing van de nationale maatstaf ter beoordeling van het begrip 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr. Zoals hierboven aangetoond, houdt die stellingname geen stand in situaties waarbij zowel de eerste als de tweede vervolging plaatshebben binnen de Nederlandse rechtsorde, maar waarbij wel sprake is van toepassing van Unierecht: dan is een feitelijke benadering van de *idem*-component voorgeschreven. Om hierboven genoemde redenen beveel ik dan aan volledig terug te keren naar toepassing van het feitelijk criterium, ook in zuiver nationale situaties.

## 5 Het feitelijk criterium en eendaadse samenloop

Wanneer voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' overeenkomstig mijn pleidooi het feitelijk criterium zou worden aangelegd, dan rijst tot slot nog de vraag wat dit te betekenen heeft voor het feitsbegrip in het leerstuk van de eendaadse samenloop. Het leerstuk van de eendaadse samenloop is vervat in artikel 55 Sr en bepaalt dat wanneer een enkele gedraging in meerdere delictsomschrijvingen valt, maar als één gebeurtenis moet worden beschouwd, alleen het delict met de zwaarste strafbedreiging mag worden toegepast. Dat betekent dat op de gebeurtenis waarbij persoon A opzettelijk en met voorbedachten rade persoon B om het leven brengt, niet zowel artikel 289 Sr (moord) als artikel 287 Sr (doodslag) mag worden toegepast, ondanks het feit dat de gebeurtenis wel beide

delictomschrijvingen vervult. In feite worden de overige van toepassing zijnde strafbepalingen in de zwaarste strafbepaling geabsorbeerd; ware dat niet voorgeschreven, dan zou elke moord als vanzelf ook doodslag opleveren en dat zou in wezen een dubbele bestraffing van één gebeuren inhouden. De logische consequentie van artikel 55 Sr is dat naderhand niet alsnog een separate strafvervolgning mag worden ingesteld voor de in het reeds vervolgte delict opgenomen strafbepalingen. Dat zou zich ook slecht verhouden tot het beginsel dat iemand niet tweemaal mag worden vervolgd voor 'hetzelfde feit', zoals vervat in artikel 68 Sr.

Hoe vanzelfsprekend is het nu eigenlijk dat een gewijzigde toetsingsmaatstaf in het kader van artikel 68 Sr gevolgen heeft voor het feitsbegrip in het kader van artikel 55 Sr? Immers, het is al lange tijd zo dat het feitsbegrip ex artikel 68 Sr ruimer is dan het feitsbegrip ex artikel 55 Sr. Waarom zou de door mij voorgestelde wijziging in het feitsbegrip ex artikel 68 Sr nu ineens wel reden vormen tot bezinning op het feitsbegrip ex artikel 55 Sr? Voordat ik aan die vraag toekom, schets ik eerst heel kort de huidige verschillen.

Oorspronkelijk sloot het feitsbegrip van beide bepalingen wél bij elkaar aan en was doorslaggevend of sprake van was eenheid van tijd en plaats. Sinds het bekende arrest *Oude Kijk in 't Jat*<sup>51</sup> kwam daar bij dat ook juridische aspecten een rol dienen te spelen; er kwam sindsdien ook betekenis toe aan de vraag of de toepasselijke delictomschrijvingen een vergelijkbare strekking hadden. Aan deze zogenoemde aspectenleer wordt tot op de dag van vandaag vastgehouden in de context van eendaadse samenloop. Dat betekent dat bij een uiteenlopende strekking van de verschillende toepasselijke strafbepalingen die middels één fysiek gebeuren zijn overtreden, géén sprake is van eendaadse samenloop. Het komt er op neer dat gedragingen die onder verschillende delictomschrijvingen vallen – ongeacht of het verschil in strekking tussen de strafbepalingen nu wezenlijk is te noemen of niet – in principe niet 'een feit' in de zin van artikel 55 Sr opleveren, en dat sprake is van meerdaadse samenloop. Niets staat er dan aan in de weg om op grond van artikel 57 Sr meerdere strafbepalingen van toepassing te verklaren op één materieel gebeuren, zij het dat artikel 57 Sr de strafrechter noopt tot strafmatiging.

Het feitsbegrip in de context van artikel 68 Sr heeft echter sinds 1961 een ruimere invulling gekregen dan de aspectenleer toelaat. In paragraaf 2 heb ik er op gewezen dat, om in het kader van deze bepaling te kunnen spreken van hetzelfde feit, weliswaar de eenheid van tijd en plaats relevant is, maar dat toch sprake kan zijn van een ander feit als de toepasselijke delictomschrijvingen in strekking *wezenlijk* uiteenlopen. Met andere woorden: het is, om te kunnen spreken van 'hetzelfde feit' niet nodig dat de toepasselijke strafbepalingen een vergelijkbare strekking hebben; voldoende is dat de strekking van die strafbepalingen *niet wezenlijk* uiteenloopt. Pas wanneer de strekking wél wezenlijk uiteenloopt (bijvoorbeeld omdat ze verschillende belangen beogen te beschermen of verschillende strafmaxima kennen), kan worden geconcludeerd dat sprake is van wezenlijk andere strafbare feiten.

Het is duidelijk dat artikel 68 Sr een ruimer feitsbegrip hanteert dan artikel 55 Sr. Dat brengt mij terug bij de vraag die ik aan het begin van deze paragraaf stelde: waarom zou de door mij voorgestelde wijziging van de invulling van het begrip 'hetzelfde feit' ex artikel 68 Sr tevens moeten leiden tot een andere invulling van het begrip 'een feit' ex artikel 55 Sr, temeer daar het feitsbegrip in beide bepalingen ook nu al anders wordt ingevuld?

Het is belangrijk te vermelden dat mijn uitgangspositie in dezen is dat een uiteenlopend feitsbegrip in beide bepalingen überhaupt onwenselijk is. Dat artikel 68 Sr een ruimer feitsbegrip hanteert kan er in de huidige praktijk toe leiden dat een niet-gelijktijdige vervolging van verschillende feiten strijd oplevert met het beginsel van *ne bis in idem*, terwijl bij een gelijktijdige vervolging diezelfde feiten geen eendaadse samenloop opleveren, maar meerdaadse samenloop, als gevolg waarvan de verschillende strafbepalingen toch naast elkaar worden toegepast. Immers, het maakt nogal uit of getoetst moet

worden of de strekking van de verschillende strafbepalingen uiteenloopt dan wel *wezenlijk* uiteenloopt. Van een uiteenlopende strekking is namelijk al snel sprake. Kritisch hierover is dan ook De Hullu, die erop wijst, mede onder verwijzing naar rechtspraak, dat feit en strafbaar feit bijna identiek zijn in de aspectenleer, als gevolg waarvan het leerstuk van de eendaadse samenloop ‘nauwelijks betekenis meer’ heeft.<sup>[52]</sup> Zo is vermeldenswaardig dat Nederlandse rechtspraak laat zien dat in drugszaken (deze hebben op EU-niveau nogal eens aanleiding gegeven de mogelijke strijd met *ne bis in idem* aan de orde te stellen, zie paragrafen 3.1 en 3.2) weliswaar eendaadse samenloop wordt aanvaard bij handelingen die betrekking hebben op het vervoeren enerzijds en aanwezig hebben anderzijds van dezelfde drugs, of het invoeren enerzijds en het aanwezig hebben anderzijds, of het invoeren enerzijds en het vervoeren anderzijds.<sup>[53]</sup> Echter, eendaadse samenloop tussen strafbepalingen van de Opiumwet en deelname aan een criminele organisatie wordt door de Hoge Raad niet aanvaard, zelfs niet als de overtreding van de Opiumwet in het verband van die criminele organisatie is gepleegd; de strekking van de aan de orde zijnde delictomschrijvingen is immers verschillend.<sup>[54]</sup> Zelfs ten aanzien van het klassieke voorbeeld van Modderman – verkrachting in het openbaar levert als vanzelf ook een strafbare openbare schennis van de eerbaarheid op – vraagt De Hullu zich af of dit onder de huidige rechtspraak nog wel eendaadse samenloop zou opleveren; verschillen de artikelen 239 Sr en 242 Sr immers niet in strekking, nu artikel 239 Sr primair de fysieke integriteit beoogt te beschermen, terwijl artikel 242 Sr vooral de bescherming van de openbare eerbaarheid op het oog heeft?<sup>[55]</sup> Het is dan ook niet verrassend dat De Hullu niet negatief zou staan tegenover een interpretatie van het feitsbegrip bij eendaadse samenloop dat meer in de richting gaat van het feitsbegrip bij *ne bis in idem*.<sup>[56]</sup> De behoefte daaraan wordt bovendien nog prangender als in het kader van artikel 68 Sr een feitelijke benadering zou gelden.

Recentelijk pleitte Duker onverhopen voor het laten samenvallen van het feitsbegrip bij eendaadse samenloop en *ne bis in idem*.<sup>[57]</sup> Zijn pleidooi voor een ruimer feitsbegrip in het kader van eendaadse samenloop komt voort uit de gevolgen die de huidige invulling met zich brengt, namelijk een te groot risico op onredelijke bestraffing; omdat nauwelijks gevallen meer zijn te bedenken waarin sprake is van eendaadse samenloop, en een feitencomplex al snel onder de regeling van de meerdaadse samenloop valt, is er concreet sprake van een hoger strafmaximum op één feitelijk gebeuren, ook in gevallen waarin dat volgens Duker niet redelijk te noemen is:

“Gelet op de doelstelling onbillijke bestraffing tegen te gaan, ligt het evenwel voor de hand terughoudend om te gaan met het verruimen van de strafruimte wanneer feiten zijn terug te voeren op gedragingen die voor wat betreft de aard ervan en de tijd en plaats nauw met elkaar samenhangen. Tegen die achtergrond lijkt de enkele aantasting van meer belangen niet bepalend voor het meerdaadse karakter van de samenloop en biedt die aantasting mijns inziens niet als zodanig een redelijke grond om het strafmaximum te verruimen”.<sup>[58]</sup>

Net als Duker sta ik een identiek feitsbegrip in de samenloopregeling en de *ne bis in idem* bepaling voor. Mijn standpunt komt echter niet zozeer voort uit vrees voor onredelijke bestraffing, maar is veeleer een pleidooi voor een coherent systeem van waarborgen tegen meervoudige aansprakelijkstelling voor hetzelfde feit. Dat pleidooi bouwt dan wel nadrukkelijk voort op mijn betoog dat een feitelijke benadering van de *idem*-component van artikel 68 Sr beter aansluit bij de rechtsbeschermende grondslag van dit beginsel. Mijns inziens kan de consequentie van dit standpunt niet anders luiden dan dat dezelfde toetsingsmaatstaf ook bij het begrip ‘een feit’ ex artikel 55 Sr moet worden aangelegd.

Miskien ik daarmee niet dat de samenloopregeling en het verbod op dubbele vervolging een andere grondslag hebben? Immers, waar de samenloopregeling primair tot doel heeft onmatige (inclusief

dubbele) bestraffing te voorkomen, beoogt het beginsel van *ne bis in idem* de burger te beschermen tegen dubbele bestraffing *en vervolging*. Wat mij betreft heeft dit echter, gezien vanuit de systematiek van de wet, alles met elkaar te maken. Op een bepaalde wijze is zelfs de doelstelling van artikel 55 Sr verdisconteerd in de doelstelling van artikel 68 Sr.<sup>[59]</sup> Als zou worden erkend dat de feitelijke benadering van het begrip *idem* beter aansluit bij de rechtsbeschermende grondslag van artikel 68 Sr, dan is het in mijn optiek niet vol te houden om een ander feitsbegrip te hanteren in het kader van de samenloopregeling. Waarom zou de bescherming tegen meervoudige aansprakelijkstelling wel de verdachte toekomen jegens wie de tweede van toepassing zijnde delictomschrijving pas in beeld komt ná berechting op grond van het eerst tenlastegelegde, terwijl die bescherming niet toekomt aan de verdachte jegens wie beide strafbaarstellingen gelijktijdig worden tenlastegelegd? Aan de vraag naar het risico van onredelijke bestraffing, zoals Duker betoogt, kom ik dan niet eens toe. Ik zie gewoonweg niet in hoe een feitelijke benadering van het begrip *idem* ex artikel 68 Sr zich verhoudt met een zo eng feitsbegrip als thans in het kader van artikel 55 Sr geldt.

## 6 Conclusie

De Hoge Raad gaat te kort door de bocht waar hij stelt dat Europese regelgeving en rechtspraak niet nopen tot aanpassing van de nationale maatstaf ter beoordeling van het begrip 'hetzelfde feit'. In het kader van artikel 68 Sr is thans sprake van een toetsingsmaatstaf die feitelijke en juridische elementen combineert; naast eenheid van tijd en plaats van de gedragingen, is bijvoorbeeld ook relevant welk rechtsgoed de gedragingen beschermen. Voor deze feitelijke benadering is, ondanks de stellingname van de Hoge Raad anderszins, niet meer automatisch plaats in alle gevallen waarin zowel de eerste als de tweede vervolging binnen de Nederlandse rechtsorde plaatsvinden. Immers, waar in die gevallen sprake van toepassing van Unierecht, noopt artikel 50 Handvest voor een feitelijke benadering van het begrip 'hetzelfde feit'.

Vanwege de onwenselijkheid van uiteenlopende feitsinterpretaties op nationaal niveau, heb ik ervoor gepleit terug te keren naar toepassing van het feitelijk criterium. Dat doet bovendien meer recht aan het rechtsbeschermende uitgangspunt van het beginsel van *ne bis in idem*.

Omdat binnen de Nederlandse rechtsorde het feitsbegrip ex artikel 68 Sr veelal aan de orde wordt gesteld in het kader van artikel 313 Sv, betekent mijn pleidooi weliswaar dat ruimer baan wordt gegeven aan wijziging van de tenlastelegging en daarmee dat de verdachte meer rekening moet houden met de mogelijkheid van wijziging van de tenlastelegging, maar dat acht ik vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming minder bezwaarlijk dan dat na een onherroepelijke beslissing rekening moet worden gehouden met strafvorderlijk optreden in verband met feitelijk dezelfde gedragingen.

Een terugkeer naar een feitelijke benadering van het begrip 'hetzelfde feit' kan voorts niet zonder gevolgen blijven voor uitlegging van het feitsbegrip in het kader van de eendaadse samenloop (artikel 55 Sr). Vanuit het oogpunt van coherentie beveel ik aan dat ook in het kader van de samenloopregeling de gelijkheid van de materiële feiten doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit'.

Voetnoten

[1]

*Universitair docent straf(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg.*

[2]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, *NJ* 2011, 394 m.nt Y. Buruma.

[3]

Deze bijdrage voorziet in een zeer beknopt overzicht. Uitgebreidere overzichten zijn te vinden in bijvoorbeeld A.A. Franken, *'Hetzelfde feit'. Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994 (Ars Aequi Cahiers Strafrecht, deel 4), p. 47-54 en, van recente datum, W.F. van Hattum, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Wolf Legal Publishers 2012, p. 494-505.

[4]

Voorbeeld ontleend aan de zaak *Brug te Nederhemert*, Hof Arnhem 1 oktober 1931, *NJ* 1932, 908.

[5]

HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, 1659 (Brakelse kermis), m.nt. Taverne

[6]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 2.4.2.

[7]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 2.9.1.

[8]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 2.9.2.

[9]

Zoals bijvoorbeeld in HR 6 maart 2012, *LJN* BS1716, zie hierover ook par. 4.2.

[10]

Krabbe zoekt de oorzaak hiervan in de opheffing van verscheidene wettelijke hindernissen voor de gelijktijdige afwikkeling van samenhangende feiten, zoals de afschaffing van het voorschrift dat bij vervolging van een overtreding en een misdrijf, de overtreding naar het kantongerecht moest worden verwezen. Tevens wijst Krabbe op beleidsmatige en organisatorische veranderingen ten positieve. Zie H.G.M. Krabbe, 'Over de signaalfunctie van de *ne bis in idem*-regel', *DD* 2000, p. 655-670.

[11]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102.

[12]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 3.3.

[13]

Dat betekent in dit geval dat het openbaar ministerie jegens deze verdachte een aparte vervolging mag instellen wegens opzettelijk witwassen (artikel 420bis Sr).

[14]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 2.1.

[15]

Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 1997, C 340. Zie voorts protocol Nr. 19 bij het Verdrag van Lissabon.

[16]

Artikel 68 lid 2 sub 2 Sr stelt dezelfde voorwaarde aan de erkenning van buitenlandse gewijsden.

[17]

Hof van Justitie EU 9 maart 2006, zaak C-436/04, *strafrechtelijke procedure tegen Van Esbroeck*, [2006] ECR I-2333, par. 35.

[18]

*Van Esbroeck*-zaak, par. 42. Het wekt dan ook verbazing dat het Hof Arnhem in een recente uitspraak het geschonden rechtsbelang als relevante factor noemde voor de beantwoording van de vraag of sprake is van "onlosmakelijkheid" van de feiten' in de zin van artikel 54 SUO, Hof Arnhem 13 maart 2012, *LJN* BV8910.

[19]

*Van Esbroeck*-zaak, par. 37-38, 42.

[20]

Hof van Justitie 28 september 2006, zaak C-150/05, *Jan Leon Van Straaten t. Nederland en Italië*, [2006] ECR I-9327.

[21]

*Van Straaten*-zaak, par. 49-50.

[22]

Hof van Justitie EU 18 juli 2007, zaak C-367/05, *strafrechtelijke procedure tegen Norma Kraaijenbrink*, [2007] ECR I-6619, par. 29.

[23]

Zoals Van de Laar & Kamp dat noemen, zie T. van de Laar & M. Kamp, 'Dezelfde feiten bij witwassen. Ne bis in idem in Europa', *Advocatenblad* 9 mei 2008, p. 24.

[24]

Hof van Justitie EU 18 juli 2007, zaak C-288/05, *strafrechtelijke procedure tegen Jürgen Kretzinger*, [2007], ECR I-6441.

[25]

*Kretzinger*-zaak, par. 35-36.

[26]

Kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEU* 2002, L190/1.

[27]

Hof van Justitie EU 16 november 2010, zaak C-261/09, *procedure betreffende de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd tegen Gaetano Mantello*. Zie voorts mijn annotatie bij deze zaak in *Common Market Law Review* 48 (2011), p. 1687-1701.

[28]

Daarbij moet worden aangetekend dat het Hof van Justitie een – enigszins als kunstmatig te beschouwen – scheiding aanbrengt tussen de vraag of sprake is van 'dezelfde feiten' en de vraag of sprake is van bis, ofwel: of de eerdere rechterlijke beslissing ten aanzien van 'dezelfde feiten' al dan niet een onherroepelijke beslissing betreft. Waar aan het begrip idem een autonome uitlegging wordt toegekend, dient het begrip bis te worden uitgelegd volgens het recht van de uitvaardigende lidstaat. De zaak *Mantello* laat zien hoe nauw deze vragen samenhangen, zie voetnoot 33.

[29]

*Mantello*-zaak, par. 38 (onder verwijzing naar de zaak *Kozłowski*, HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-66/08).

[30]

*Mantello*-zaak, par. 40.

[31]

Vraag was dan of het wegens tactische redenen destijds afzien van vervolging moest worden beschouwd als een onherroepelijk vonnis betreffende de strafbare feiten die aan het EAB ten grondslag liggen. Volgens het Hof zou dat het geval zijn als de beslissing van de Italiaanse autoriteiten in 2005 (de beslissing om Mantello alleen te vervolgen voor het cocaïnebezit en (nog) niet voor het organisatiedelict) naar Italiaans recht de inleiding of voortzetting van een strafprocedure wegens die feiten definitief zou belemmeren. Hiermee laat het Hof zien dat het – logischerwijs, gezien het voorgaande – ook voor de uitleg van het begrip bis aansluit bij de rechtspraak ontwikkeld in het kader van artikel 54 SUO, *Mantello*-zaak, par. 43-49.

[32]

Overigens niet om redenen die verband houden met artikel 4 van dit protocol, maar in verband met de bepaling inzake hoger beroep (artikel 2), zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VI, nr. 9.

[33]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 2.7.1.

[34]

[35]

*PbEU* 30 maart 2010, C 83/389.

[36]

Zie ook de toelichting ad artikel 50 Handvest, *PbEU* 14 december 2007, C303/17.

[37]

Verscheidene keren is artikel 50 Handvest ten onrechte toegepast in een zuiver nationale situatie (hetgeen overigens niet standaard betekende dat een schending van deze bepaling werd aangenomen), zie Rb. Almelo 8 juli 2010, *LJN* BN1369; Rb. 's-Gravenhage 23 september 2010, *LJN* BP5534; Rb. 's-Gravenhage 6 december 2010, *LJN* BO6664. In Rb. Almelo 23 juni 2011, *LJN* BQ9473 laat dezelfde politierechter als die het vonnis van 8 juli 2010 wees, overigens blijken zelf ook tot het inzicht te zijn gekomen dat artikel 50 Handvest niet op puur nationale situaties ziet.

[38]

Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, *PbEG* 2002, L164/3 en Kaderbesluit 2008/919/JBZ van de Raad van 28 november 2008 tot wijziging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ inzake terrorismebestrijding, *PbEU* 2008, L330/21.

[39]

Verordening (EG) 111/2005 van de Raad van 22 december 2004 houdende voorschriften voor het toezicht op de handel tussen de Gemeenschap en derde landen in drugsprecursoren.

[40]

Het Hof van Justitie sprak zich al uit over de vraag wanneer sprake is van het ten uitvoer brengen van Unierecht, bijvoorbeeld in de context van het asielrecht, zie HvJ EU 21 december 2011, zaak C-411/10, *N.S. tegen Secretary of State for the Home Department*, par. 64-69.

[41]

Toelichting ad artikel 50 Handvest, *PbEU* 14 december 2007, C303/17.

[42]

De preambule bij het Handvest stelt: 'Dit Handvest *bevestigt* [...] de rechten die in het bijzonder voortvloeien uit de constitutionele tradities en de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben, uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, uit de door de Unie en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Europees Hof voor de rechten van de mens' (cursivering toegevoegd), *PbEU* 30 maart 2010, C 83/391. Zie ook de toelichting ad artikel 51 Handvest, *PbEU* 14 december 2007, C303/17. Voorts J. Morijn, 'Het juridisch bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: eerste eraringen en openstaande vragen', *NTM/NJCM-Bulletin* (36) 2011-1, p. 51; H.C.F.J.A. de Waele, 'Het EU-Handvest van de Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Trema* 2011-7, p. 246.

[43]

Om precies te zijn: ook artikel 50 Handvest kan in deze situatie van toepassing zijn. Ik paragraaf 3.3 stelde ik hierover dat aannemelijk is dat dan voor de uitlegging van de *idem* component zal worden teruggegrepen op de uitlegging zoals die is ontwikkeld in het kader van artikel 54 SUO.

[44]

HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 3.3.

[45]

*LJN* BS1716.

[46]

HR 6 maart 2012, *LJN* BS1716, r.o. 2.4. De advocaat-generaal concludeert anders. Hij constateert wel een verschil in juridische aard van de feiten en/of gedragingen, maar niettemin voldoende verwantschap om te komen tot de conclusie dat ook na wijziging van de tenlastelegging sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr, zie par. 12-16.

[47]

Onder verwijzing naar HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, 1659 (Brakelse kermis) stelt de Hoge Raad dat 'destijds op goede gronden afstand is

genomen van een louter feitelijk criterium omdat het aanleggen van zo'n maatstaf kan leiden tot onaanvaardbare uitkomsten', HR 1 februari 2011, *LJN* BM9102, r.o. 2.8.

[48]

Noot Y. Buruma onder EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, *NJ* 2010, 36 (*Zolotukhin t. Rusland*).

[49]

Hierop wijst ook N. Keijzer in zijn noot onder het arrest van het HvJ EU in de zaak Van Straaten, *NJ* 2007, 56, par. 5.

[50]

Over de wisselwerking tussen *ne bis in idem* en wijziging van de tenlastelegging schrijft ook N. Keijzer in zijn noot onder HR 16 oktober 2007, *NJ* 2008, 127. Echter, mede onder verwijzing naar enkele arresten uit 2002, constateert Keijzer eerder de toepassing van een ruimer feitsbegrip door de Hoge Raad in die gevallen waarin het feitsbegrip speelt in de context van artikel 313 Sv. De uitspraken waarnaar in deze bijdrage worden verwezen (*LJN* BM9102 en *LJN* BS1716) lijken niettemin te wijzen op de toepassing van een enger feitsbegrip, dat wil zeggen een feitsbegrip waarin ook aandacht wordt geschonken aan de juridische aard van de gedragingen, als gevolg waarvan minder snel sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr en een vordering tot wijziging van de tenlastelegging dus ook minder snel wordt toegewezen.

[51]

Deze zaak speelde rond het feitsbegrip bij eendaadse samenloop, HR 15 februari 1932, *NJ* 1932, 289. De eenheid van tijd en plaats van de verschillende gedragingen kon na deze uitspraak niet langer voorkomen dat toch van twee verschillende feiten kan worden gesproken, als het kenmerkende van de feiten geheel verschillend is; *in casu* betrof het enerzijds dronken rijden en anderzijds rijden zonder licht. Deze uitleg van het begrip 'hetzelfde feit' werd nadien toegepast in het kader van artikel 68 Sr, zie hierover het eerder aangehaalde arrest in de zaak *Brakelse Kermis*, HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, 1659, m.nt. Taverne.

[52]

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 503. Evenzo Franken 1995, p. 42.

[53]

Zie, inclusief verwijzingen, De Hullu 2009, p. 503-504.

[54]

HR 14 april 1998, *NJ* 1998, 609.

[55]

De Hullu 2009, p. 503. Zie over dit voorbeeld en de aspectenleer ook Franken 1995, p. 42.

[56]

Idem, p. 534-535.

[57]

M.J.A. Duker, 'De samenloopregeling herijkt', *DD* 2011, 43.

[58]

Duker 2011, p. 647. Duker noemt in dit verband het voorbeeld van oplichting (artikel 326 Sr) en valsheid in geschrifte (artikel 225 lid 1 Sr) en wijst erop dat hier gemakkelijk meerdaadse samenloop kan worden toegepast, in lijn met de huidige rechtspraak, omdat beide bepalingen een ander belang beogen te beschermen.

[59]

Impliciet De Hullu 2009, p. 533.