

HETZELFDE FEIT

Rob Baumgardt

1 INLEIDING

Vanaf het begin van mijn werkzaamheden als advocaat maakt het boekje *Hetzelfde feit* van Stijn deel uit van mijn bibliotheek. Het verscheen in 1992.¹ Het is vaak door mij geraadpleegd. Ik vroeg mij af of de door Stijn daarin gesignaleerde ontwikkelingen in de rechtspraak zich sinds 1992 hebben voorgezet. Ik beperk mij daarbij tot een aantal onderwerpen.

2 ART. 68 SR

Art. 68 Sr verbiedt een vervolging voor een feit indien de betrokkene voor hetzelfde feit al eerder door de strafrechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba is vervolgd. Naar de mening van de Hoge Raad was destijds sprake van hetzelfde feit als bedoeld in art. 68 Sr indien bleek van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking van art. 68 Sr een dubbele vervolging verbood. Zowel de feitelijke situatie als de in het geding zijnde delictsomschrijvingen waren dan ook van belang. Stijn constateert in *Hetzelfde feit* dat voor de Hoge Raad vooral de verwantschap tussen strafbepalingen als kapstok voor zijn beslissingen fungeert.²

Stijn geeft in zijn boek ook aan dat het *non bis in idem*-beginsel in internationaal verband een steeds belangrijker aandachtspunt wordt. Hij wijst daarbij onder meer op verdragen die de overname van de executie van buitenlandse vonnissen tot onderwerp hebben en de overdracht tot strafvervolging.³

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat ook de Hoge Raad ontwikkelingen in Europese rechtspraak heeft gevolgd en relevant heeft geacht. In 2011 heeft

1. A.A. Franken, '*Hetzelfde feit*': over samenloop van strafbare feite en het *non bis in idem*-beginsel, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1992.

2. Franken 1992, p. 42.

3. Franken 1992, p. 35.

de Hoge Raad zich genoodzaakt gevoeld nader in te gaan op de vraag wanneer sprake is van 'hetzelfde feit' als bedoeld in (onder meer) art. 68 Sr.⁴ De Hoge Raad verwijst daarbij niet alleen naar Nederlandse wetgeving waarin naar Europese verdragen wordt verwezen, maar ook naar art. 54 Uitvoeringsovereenkomst van Schengen (SUO) en jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en het EHRM. De Hoge Raad geeft in de uitspraak overigens zelf aan dat hij hierin de door hem ontwikkelde toetsingsmaatstaf (slechts) zal 'verduidelijken', maar dat inhoudelijk geen verandering zou worden beoogd.

In het arrest uit 2011 wordt gesteld dat bij toetsing de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren dienen te worden betrokken:

(A) De juridische aard van de feiten.

Indien de tenlastegelegde feiten niet onder dezelfde delictsomschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft

- (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictsomschrijvingen strekken, en
- (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding.

(B) De gedraging van de verdachte.

De Hoge Raad heeft daaraan toegevoegd dat indien de tenlasteleggingen niet dezelfde gedraging beschrijven, de mate van verschil tussen de gedragingen van belang kan zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht. Daarbij heeft de Hoge Raad opgemerkt dat reeds uit de bewoordingen van het begrip 'hetzelfde feit' voortvloeit dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is volgens de Hoge Raad 'nochtans' dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van art. 68 Sr.

Deze uitspraak is direct bekritiseerd, nu het door de Hoge Raad gehanteerde toetsingskader nog steeds te veel de nadruk legt op de juridische kwalificatie, terwijl

4. HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394, m.nt. Buruma.

uit zowel rechtspraak van het EHRM⁵ als die van het Hof van Justitie EU⁶ volgt dat die kwalificatie er in het geheel niet toe moet doen.⁷

Zo hanteert het EHRM een feitelijke toets. Een tweede vervolging of berechting is uitgesloten voor ‘identical facts, or facts which are substantially the same’. De ratio van deze feitelijke benadering van het idem-begrip is een meeromvattende mensenrechtenbescherming. Een benadering waarbij de juridische kwalificatie van de onderliggende strafbaarstellingen een grote rol zou spelen werd door het EHRM te restrictief geacht, omdat lidstaten in dat geval de bescherming van art. 4 van het Zevende Protocol (hierna: art. 4P7 EVRM) kunnen omzeilen door bepaalde strafbaarstellingen buiten de nationale strafwet onder te brengen.⁸ Blijkens de toelichting op art. 50 Handvest EU heeft het feitsbegrip (‘idem’) dezelfde inhoud en reikwijdte als art. 4P7 EVRM in nationale situaties. Dit betekent dat, hoewel Nederland het Zevende Protocol bij het EVRM niet heeft geratificeerd, de uitleg die het EHRM aan het idem-begrip geeft over de band van artikel 50 Handvest EU toch de Nederlandse rechtsorde in sijpelt. Zo is in de gevallen waarin Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, de Nederlandse rechter verplicht de meer feitelijke benadering van de Europese hoven toe te passen. Deze ‘Europese rechtspraak’ heeft zich sedertdien verder ontwikkeld, met name in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU.⁹ Zo constateert Ouwerkerk dat inmiddels vaststaat dat ook aan het feitsbegrip bij art. 50 Handvest EU een ruime, *feitelijke* uitleg moet worden gegeven.¹⁰

In 2018 herhaalt het Hof van Justitie EU in zijn uitspraak in de zaak *Menci* zijn rechtspraak over art. 54 SUO:

‘Volgens de rechtspraak van het Hof is het relevante criterium om te beoordelen of van een en hetzelfde strafbare feit sprake is, dat de materiële feiten dezelfde zijn, in die zin dat sprake is van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en die tot de onherroepelijke vrijspraak of veroordeling van de betrokkene hebben geleid [...].

-
5. EHRM 10 februari 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI6882, NJ 2010/36, m.nt. Buruma (Zolotukhin/Rusland) en EHRM 14 januari 2010, appl. 2376/03 (Tsonev/Bulgarije).
 6. HvJ EU 8 maart 2006, ECLI:NL:EU:C:2006:165, NJ 2006/488, m.nt. Mok.
 7. Zie voor deze kritiek de noot van Buruma onder HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394, die aanvoert dat de uitspraak van de Hoge Raad op het eerste gezicht er jegens de Europese ontwikkelingen er nogal ‘dwars’ uit ziet.
 8. W. Alberts & T.M. de Groot, ‘De uitzondering bevestigd: het ne bis in idem-beginsel in recente rechtspraak van de Hoge Raad in het licht van de ratio van het ne bis in idem-beginsel en vanuit Europees perspectief’, NTS 2020/7.
 9. Zie voor een recent overzicht Eurojust, *Case-law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters*, februari 2024.
 10. J.W. Ouwerkerk, ‘Het feitsbegrip bij ne bis in idem opnieuw bekeken’, DD 2023/47.

Voorts zijn de nationaalrechtelijke kwalificatie van de feiten en van het beschermde rechtsgoed irrelevant voor de constatering dat van een en hetzelfde strafbare feit sprake is, aangezien de omvang van de door artikel 50 van het Handvest EU geboden bescherming niet van lidstaat tot lidstaat mag verschillen.¹¹

De uitspraak in de zaak *Menci* is volgens Ouwerkerk daarnaast van belang, nu daaruit voortvloeit dat de invulling van het feitsbegrip zoals we die uit EU-rechtspraak al kenden, niet enkel van toepassing is als de tweede vervolging plaatsvindt in een andere lidstaat dan die waarin de eerste vervolging plaatsvindt, maar dus ook als sprake is van meervoudige ongelijktijdige aansprakelijkstelling binnen de rechtsorde van één lidstaat. Dat maakt, ten tweede, dat de verklaring voor de keuze van het Hof van Justitie EU voor de zo feitelijke invulling van het feitsbegrip niet eenduidig kan worden verklaard door de transnationale context waarin de betreffende *ne bis in idem*-bepaling fungeert – waarin sprake is van situaties waarbij daadwerkelijk meer dan één lidstaat betrokken is (de art. 54 SUO-situaties). Ouwerkerk meent voorts dat het Hof van Justitie EU is doorgegaan op de koers die ruim een decennium geleden werd ingezet en die blijk gaf van een heel *feitelijke* benadering van het feitsbegrip bij *ne bis in idem*. Gelet hierop stelt zij dat slechts ruimte is voor een feitelijke benadering, zodat voor de beoordeling van de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ geen plaats is voor juridische aspecten, ook in zaken waarin art. 50 Handvest EU noch art. 54 SUO van toepassing is. Hierbij is volgens haar ook van belang dat de Hoge Raad heeft erkend dat het *ne bis in idem*-beginsel dat aan art. 68 Sr ten grondslag ligt – anders dan de samenloop – mede wordt bepaald door Europese regelgeving en rechtspraak.¹²

Indien de strekking van een in een zaak tenlastegelegd feit (bijvoorbeeld art. 140 Sr) een andere is dan een nadien tenlastegelegd feit (bijvoorbeeld art. 225 Sr), maar sprake is van omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van verdachte, kunnen beginselen van een behoorlijke procesorde zich ertegen verzetten dat tegen degene die ter zake van het eerste feit is vervolgd, vervolgens ook ter zake van dat andere feit een vervolging wordt ingesteld. Een dergelijk geval doet zich onder meer voor indien de eerste rechter het bewijs van de op art. 140 Sr toegesneden tenlastelegging klaarblijkelijk mede heeft aangenomen op grond van bepaalde concrete gedragingen van verdachte en deze gedragingen vervolgens in een tweede, op art. 225 Sr toegespitste tenlastelegging zijn opgenomen.¹³

11. HvJ EU 20 maart 2018 zaak C-524/15 (*Menci*), ECLI:EU:C:2018:179, par. 35-36.

12. HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111, NJ 2019/111, m.nt. Mevis, r.o. 2.9.

13. Vgl HR 26 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0583, NJ 1997/209. Zie voorts HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1113, NJ 2019/113, m.nt. Mevis.

Recenter is in een zaak waarin een verdachte terecht stond voor het op 22 september 2017 medeplegen van het vervoeren van cocaïne, terwijl hij eerder was veroordeeld ter zake van het op 22 september 2017 plegen van voorbereidingshandelingen als bedoeld in art. 10a Opiumwet, de verwerping van het hof van een *ne bis in idem*-verweer vernietigd.¹⁴ Het oordeel van het hof dat, hoewel sprake is van eenheid van tijd en plaats, een dusdanig groot verschil bestaat tussen gedragingen en aard van die gedragingen, dat niet gesproken kan worden van ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in art. 68 Sr was niet begrijpelijk, nu de Hoge Raad constateerde dat beide tenlastegelegde feiten betrekking hadden op een zich op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex en het in de eerdere strafzaak tenlastegelegde voorbereiden van het opzettelijk vervoeren van hoeveelheid cocaïne erin bestond dat verdachte een auto voorzien van ingebouwde verborgen ruimte voorhanden had, terwijl verdachte wist dat die auto was bestemd voor het vervoer van een hoeveelheid cocaïne, en die tenlastegelegde gedraging in de kern op niets anders ziet dan het tenlastegelegde vervoeren van dezelfde hoeveelheid cocaïne zoals die is aangetroffen in ingebouwde verborgen ruimte van betreffende auto. Daarbij kon in dit specifieke geval volgens de Hoge Raad niet gezegd worden dat de aard en kennelijke strekking van de gedragingen zodanig verschillen, dat niet sprake is van ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in art. 68 Sr.

Dat in Nederland nog geen (volstrekte) duidelijkheid bestaat over de vraag wanneer sprake is van ‘hetzelfde feit’, is recent nog gebleken in de ‘martelcontainer-zaak’. Daarin zijn verdachten vervolgd voor deelneming aan een criminele organisatie die tot oogmerk had het (beknopt weergegeven) plegen van drugsfeiten, witwassen e.d. (‘zaak 26Sartell’). Dezelfde personen zijn ook vervolgd voor deelneming aan een criminele organisatie die tot oogmerk had het plegen van geweldsdelicten (‘zaak 26Douglasville’). In beide zaken zijn bijvoorbeeld dezelfde telefoongespreken en berichten als belastend bewijs in de dossiers opgenomen. Het Hof Amsterdam verwierp het *ne bis in idem*-verweer. Het hof overwoog daartoe onder meer dat een vervolging voor overtreding van art. 140 Sr wettelijk gezien een ander strafbaar feit oplevert dan de overtreding van art. 140a Sr of art. 11b Opiumwet.¹⁵ Het Hof Den Haag kwam tot een andere conclusie en verklaarde het openbaar ministerie niet ontvankelijk wegens schending van art. 68 Sr. Daartoe overwoog het Haagse Hof dat de juridische aard van de feiten in beide zaken identiek is, te weten het leidinggeven aan een criminele organisatie die als oogmerk heeft het plegen van misdrijven en dat het beschermd belang van deze strafbaarstelling de bescherming van de maatschappij is tegen het (voortdurende) gevaar dat van criminele organisaties uitgaat. Weliswaar betreffen de misdrijven waarop het oogmerk van de bewezenverklaarde criminele organisatie gericht is

14. HR 14 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1559, NJ 2023/344.

15. Hof Amsterdam 20 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3511, NJFS 2024/85.