

HC 12, 07-12-11, Ne Bis In Idem

Door mr. dr. Lingenberg.

‘Murder isn’t always crime’

Het college gaat over de plaatsbepaling, art. 68 lid 1 Sr en de internationale aspecten van de ‘ne bis in idem’ bepaling.

Het recht tot strafvordering hangt onder andere af van de materiële en formele vragen ex art. 358 Sv. Vandaag gaan we het vooral hebben over de ontvankelijkheid van het OM. Art. 68 Sr is het eerste artikel binnen de titel. Hierbij gaat het niet om samenloop -want dat gaat over de gelijktijdige vervolging-, maar het gaat om de consecutieve (volgtijdige) vervolging. De samenloopregeling zorgt ervoor dat de strafmaximum niet te hoog op loopt. ‘Ne bis in idem’ is anders, daarbij gaat het om het feit dat je niet twee keer mag worden vervolgd voor hetzelfde feit. Het is verheven tot het mensenrecht en is een algemeen erkende interstatelijke toepassing. De Hullu spreekt van een ‘breed verband of fundament’.

Ratio

Voor de burger heeft het artikel dus een beschermingsfunctie doordat het een dubbele bestraffing voorkomt en dubbele vervolging voorkomt. Daarnaast is het van belang voor de proportionaliteit en de rechtszekerheid. ‘Nemo debet bis vexari’ is iets ruimer, iemand mag niet voor de tweede keer voor hetzelfde gekweld worden. Voor de overheid is het begrip van belang voor het gezag van hun eigen definitieve rechterlijke beslissingen en voor het gezag van buitenlandse d.r.b., mede in verband met wederzijds vertrouwen en goede houdingen.

Onderdelen van art. 68 Sr.

De tekst van art. 68 lid 1 Sr luidt; ‘behoudens de gevallen waarin rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn, kan niemand andermaal worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de rechter (...) onherroepelijk is beslist’.

- ‘Te zijnen aanzien’?

Het moet dus gaan om eenzelfde persoon. Onze indeling van plegen en medeplegen is minder van belang, omdat het gaat om hetgeen jij hebt veroorzaakt. Stel je hebt een moeder en dochterconstructie binnen een BV. Als de moederonderneming al is veroordeeld, mag je de dochteronderneming dan nogmaals vervolgen ter zake van hetzelfde delict? Als een rechtspersoon al is veroordeeld of is vrijgesproken, mag je dan die persoon die kan worden vereenzelvigd met de rechtspersoon nog eens vervolgen?

- ‘Andermaal vervolgen’?

Dit mag dus niet. Echter, hier moet je geen rekening houden met het voortzetten van de vervolging, dus bijvoorbeeld het in hoger beroep gaan.

- ‘Rechter’?

Het moet gaan om een rechter, maar dit mag niet zomaar een rechter zijn. Het moet om een Nederlandse (straf)rechter gaan.

- ‘Feit waarover is beslist’?

Als er een formele einduitspraak is geweest, dan geldt art. 68 Sr niet. Het geldt dus alleen bij een materiële eindbeslissing zoals vrijspraak, OVAR of een veroordeling.

- ‘Onherroepelijkheid’?

Oftewel, het moet om kracht van gewijsde gaan.

Art. 68 Sr regelt in feite eigenlijk weinig, omdat er veel andere wijzen van afdoening zijn dan een materiële eindbeslissing. Daarom moet je er heel veel bij bedenken en moest de rechtspraak zich hier vaak over uit laten. De strekking van art. 68 Sr raakt ook:

- Inhaaldagvaarding: Het OM maakte wel eens een fout, en dacht dan, we beginnen de zaak bij een andere rechtbank. Maar dit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht, dit is een soort van correctiemechanisme. Wat je niet bij art. 68 Sr kan inlezen, dat corrigeren de algemene beginselen dus.
- Voorwaardelijke sepot: als daaraan is voldaan en de vervolgtijd is verlopen dan moet dat de werking hebben van art. 68 Sr. De strekking van art. 68 raakt ook het voorwaardelijke sepot.
- Transactie: Met uitzondering van art. 12 Sv, zie ook art. 74b Sr.
- Een kennisgeving van niet verdere vervolging is een feit waar je op moet kunnen vertrouwen, de zaak is nu af gedaan.

Er kan ook ad info worden ingevoegd en als dat is meegenomen in de strafmaat moet het worden gezien als afgedaan in de zin van art. 68 Sr.

Gescheiden sferen

Wat nou als iets voelt als een kwelling, maar het geen vervolging is? In de zaak *Bom aan boord* had een jongen dit geschreven op een servet en die was in het vliegtuig terecht gekomen. Hij werd civielrechtelijk aangepakt doordat zijn ouders moesten betalen voor de kosten. Het zijn gescheiden sferen, want dat je wordt gedwongen om te betalen voor de kosten zegt niets over de mogelijke vervolging van het feit door het OM! Bij de tuchtrechter geldt hetzelfde. Bijvoorbeeld een arts die strafrechtelijk wordt verweten verantwoordelijk te zijn voor de dood van een patiënt, zegt niets over de procedure die nabestaanden kunnen starten. Dit geldt ook voor de bestuursrechtelijke handhaving.

Soms worden er wetten gemaakt over de externe samenloop. Bijvoorbeeld voor de bestuurlijke boete is geregeld in het wetboek (art. 243 lid 2 Sv) dat de mededeling dat er geen bestuurlijke boete wordt opgelegd geldt als kennisgeving van niet verdere vervolging (dus art. 255 Sv). En in art. 5:44 Awb is neergelegd dat er geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd indien er een strafbeschikking is, dan wel een begin van het onderzoek ter terechtzitting is. De 'criminal charge' ex art. 6 EVRM (zie klapper) valt niet binnen art. 68 Sr.

Er moet wel rekening worden gehouden met maatregelen die door andere zijn genomen met strafrechtelijke karakter. Als er helemaal geen rekening mee is gehouden, dan leidt dit tot een gebrek.

Art. 68 lid 1 Sr is misschien wel beperkter dan je zou denken. Het valt binnen de kring van het 'ne bis in idem' beginsel. De formele eisen van art. 68 Sr hebben we nu behandeld. De strafrechter is de instantie waar je bij moet zijn. De aard van de beslissing moet zijn een materiële eindbeslissing. En de status van de beslissing moet inhouden een onherroepelijke kracht van gewijsde.

Materiële eisen

We hebben nu dus nog niet behandeld wat 'hetzelfde feit' inhoudt, maar dat komt nu door de behandeling van de materiële eisen. In art. 55 Sr en verder staat ook het woord 'feit' in context met samenloop. Maar 'feit' in artikel 68 Sr heeft een andere betekenis. Dit komt duidelijk naar voren in het arrest *Brug te Nederhemert (NJ 1932, p. 908)* waarbij het ging om de overtreding van de Veewet. De verdachte negeerde een stopgebod, waardoor een politieagent bijna omver werd gereden. Het OM vervolgde voor overtreding

van de Veewet, maar de politierechercheur vond dat er ook moest worden vervolgd ter zake van poging tot doodslag. Echter, het Hof vond dat het bij beide ging om een feit bij de Brug te Nederhemert, dus was het OM niet ontvankelijk. Kort daarna werd het *Oude Kijk in't Jatstraat* (NJ 1932, p. 289) arrest gewezen. De verdachte reed hier onder zodanige invloed van gebruik van een alcohol houdende drank met een rijtuig dat niet was voorzien van ten minste twee aangebrachte lantaarns, die voorwaarts een helder wit licht uitstralen. Het ging hierbij om meerdaadse samenloop en men veronderstelde dat dit ook zou gelden voor 'feit' in artikel 68 Sr. In de *Brakelse Kermis* (NJ 1932, p. 1659) ging het om een veroordeling van mishandeling van een ambtenaar in functie (onherroepelijk) en daarna om een vervolging van openbare ordeverstoring (door mishandeling van een ambtenaar). Dit vond de Hoge Raad wel goed. Het nadeel hiervan is (in het kader van 68) dat het bijna niet meer beschermd. Als hetzelfde feit hetzelfde type inhoudt, dan is de bescherming minimaal.

Voor de samenloop is die nuance niet van groot belang, maar bij het ne bis in idem geval is de nuance wel van groot belang. Daarna kwam het *Emmense Bromfietser arrest* (NJ 1962, 89) wat van groot belang is voor ne bis in idem. Het criterium dat is gebruikt is niet snel te begrijpen. De verdachte werd in casu veroordeeld wegens openbare dronkenschap en voor dronken rijden. De Hoge Raad vond dit niet goed omdat het ging om dezelfde plaats en tijd. 'Dat gelet op de verwantschap in de gedragingen die in beide bepalingen zijn strafbaar gesteld, beide daarin strafbaar gestelde feiten kunnen worden begaan onder omstandigheden, waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van gedragingen en den wezenlijke samenhang in het handelen en in de schuld van de dader, dat de strekking van art. 68 Sr meebrengt dat niet andermaal vervolgd kan worden.'. Verwantschap in gedragingen is dus strafbaar gesteld. De gelijktijdigheid ziet op iets feitelijks, samenhang in het handelen ziet ook op het feitelijke aspect.

De consequentie van het *Oude Kijk in't Jatstraat* arrest is een kwalificatievere insteek, een engere behandeling. Er is niet snel sprake van eendaadse samenloop, er moet een sterke verwantschap zijn hiervoor. Uit het *Emmense Bromfietser* arrest blijkt dus dat bij ne bis in idem een feitelijkere aanpak vereist is, die een ruimere insteek geeft. Dus: 'feit' in de zin van artikel 55 Sv en verder is niet hetzelfde als 'feit' voor het ne bis in idem beginsel.

De Hullu en het arrest *NJ 2001, 394* moet je hiervoor goed bestuderen. Bij de bovenste helft van sheet 27 gaat het om juridische criteria, en moet je afvragen of de feiten in abstracto redelijk vergelijkbaar zijn. In de zaak van Tjoelker kwam er een verduidelijking bij, namelijk dat voor eendaadse samenloop de feiten sterk verwant moeten zijn. De onderste helft van de sheet (die over gedragingen gaat) is van feitelijke aard, maar wees alert op de nuancering van de gelijktijdigheid. Er moet sprake zijn van een wezenlijke samenhang van handelen/schuld.

Voorbeelden

- Niet hetzelfde feit ex art. 68 Sr
 - Drugs: opzettelijk verkopen en opzettelijk aanwezig hebben
 - Joyriding en gevaarlijk weggedrag

- Wel hetzelfde feit ex art. 68 Sr

- Gevaarlijk weggedrag en te hard rijden of door rood rijden
- Onder invloed rijden en openbare dronkenschap
- Openlijke geweldpleging + gevolgen, doodslag en mishandeling

Wijziging van de tenlastelegging ex art. 313 Sv

De wijziging van de tenlastelegging is gekoppeld aan art. 68 Sr, het zijn communicerende vaten. Wat hetzelfde is kan in één keer worden afgedaan en wat niet hetzelfde is kan in twee keer worden afgedaan. Als de wijziging wordt afgewezen is een tweede vervolging mogelijk. Zo bepaalt het procesrecht wat in eens kan en moet worden afgedaan. Uit de *Tjoelker-zaak* (NJ 2000, 174) komt de toevoeging van de Hoge Raad; 'als strekking niet wezenlijk uiteenloopt'.

➔ Toegelaten wijzigingen in art. 313 rechtspraak:

- Van lichter naar ernstiger delict (Tjoelker)
- Van niet-opzettelijk naar opzettelijk
- Van zonder gebruik van geweld naar met gebruik van geweld
- Verruiming van het tijdsbestek met een jaar (zedendelicten)
- Toevoeging van een ander, maar wel aansluitend, tijdsbestek
- Van doen naar laten (bijv van mishandelen naar in hulploze toestand achterlaten)

Zie in dit verband ook de noot van Keijzer onder *HR 16 oktober 2007*.

'Feit' bij samenloop is echt losgemaakt van het 'feit' in art. 68 Sr. Maar art. 68 Sr is wel weer gelinkt aan 'feit' in art. 313 Sr. Als je wilt weten of er sprake eendaadse samenloop moet je kijken naar het *Oude Kijk in't Jatstraat* arrest. Als je wilt bekijken of er sprake is van het ne bis in idem beginsel (dus art. 68 Sr) kijk je naar de arresten *Tjoelker* en de *Emmense Bromfietser*.

Art. 68 lid 2 en lid 3 Sr

Lid 3 bepaalt dat lid 2 ook geldt voor transactie en voorwaardelijk sepot. Maar art. 68 lid 1 regelt dit niet voor het algemene sepot. Betekent dit dan dat als je in een corrupt land onherroepelijk bent veroordeeld, je dit niet kan herroepen? Ja dat klopt.

EVRM / IVBPR

Art. 6 EVRM geldt bij ons, maar gaat niet over ne bis in idem. Art. 4 van het 7^e protocol gaat wel over het beginsel, maar dit verdrag hebben wij niet geratificeerd. Art. 14 lid 7 IVBPR gaat wel over het beginsel, maar Nederland heeft een voorbehoud gemaakt, dat het niet verder reikt dan art. 68 Sr.

Art. 54 SUO

Dit is een ruim, materieel feitsbegrip. Een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, ongeacht juridische kwalificatie of beschermde rechtsbelang (inextricably linked together in time and space). De HR zegt; 'we vatten samen wat we hebben gedaan, in samenhang met EHRM, wij blijven bij onze criteria ongeacht wat het HvJ en EHRM zeggen'. Dit is wel raar omdat er wel belang wordt gehecht aan het beschermde rechtsbelang.