

GRENSOVERSCHRIJDENDE DRUGSHANDEL IN DE SCHENGENSTATEN: GEEN 'STATUS APARTE'

EEN KRITISCHE NOOT BIJ DE BENADERING VAN DE NE BIS IN IDEM-REGEL IN ARTIKEL 54 VAN DE SCHENGENUITVOERINGS-OVEREENKOMST DOOR HET HOF VAN CASSATIE, 29 JUNI 1999, ARR. CASS. 1999, 408.

Wiene F. VAN HATTUM*

De zaak lag als volgt: de verdachte stond in België terecht voor (o.a.) de uitvoer van verdovende middelen van België naar Nederland. Hij betoogde dat hij voor dat feit in Nederland reeds definitief was berecht en dus niet meer vervolgd mocht worden. Dat verweer werd verworpen. In- en uitvoer van drugs moeten volgens het Belgische Hof van Cassatie worden beschouwd als "afzonderlijke misdrijven die afzonderlijk worden bestraft" (en voor het misdrijf 'uitvoer uit België' was de verdachte in Nederland nog niet berecht). De overwegingen van de appelrechters, "dat de Belgische strafwet tot doel heeft de rechtsorde te handhaven binnen de rijksgrenzen en dat de rechter bij de uitoefening van deze taak uitsluitend rekening kan houden met veroordelingen die, gebaseerd op dit soevereiniteitsprincipe, werden uitgesproken door een Belgische rechtbank; (en) dat de veroordeling ... door een buitenlands rechtscollege, niet gericht is op de bescherming van de rechtsorde binnen de grenzen van het Rijk," liet het Hof in stand. Het Hof beriep zich hierbij, evenals de appelrechters dat hadden gedaan, op een bepaling in de VN-verdragen inzake de sluikehandel in verdovende middelen. Deze zou voorschrijven dat elk van de in dat verdrag opgesomde strafbare feiten, indien deze in verschillende landen zijn begaan, als afzonderlijk strafbaar feit worden beschouwd.¹

In Nederland had zich enkele jaren eerder het omgekeerde geval voorgedaan. Toen werd een Belgisch vonnis aan de vervolging tegengeworpen. De Nederlandse Hoge Raad overwoog dat "grensoverschrijdend vervoer van drugs uit de aard der zaak (mijn curs. vvh) de uitvoer vanuit het ene en de invoer in het andere land omvat".² Vervolgens werd het openbaar ministerie door de feitenrechter naar wie de zaak was verwezen, niet-ontvankelijk verklaard.³ Een ver-

* UD Rijksuniversiteit Groningen.

1. Te weten: art. 36 van het Enkelvoudig Verdrag van New York, 1961, Genève, 1972 zoals gewijzigd bij Protocol van 25 maart 1972, *Trb.* 1980, 184, en art. 22 van het Verdrag inzake psychotrope stoffen, Wenen, 1971. Art. 36 tweede lid onder a (i) Enkelvoudig Verdrag van New York 1961 luidt: "2. Subject to the constitutional limitations of a Party, its legal system and domestic law, (i) Each of the offences enumerated in paragraph 1, if committed in different countries, shall be considered as a distinct offence;".

2. HR 13 december 1994, *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* 1995, 252, en geannoteerd door G.J.M. CORSTENS, 'Drugs naar België', *Ars Aequi* 1995, 720-725.

3. Gerechtshof 's-Gravenhage 20 september 1995, rolnr. 2200311994, niet gepubliceerd.

wijzing naar genoemde verdragen bleef achterwege. Belgische schrijvers noemen dit verrassend.⁴ Mij heeft echter de Belgische uitspraak verbaasd.

Nu is het geen ongewoon verschijnsel dat buurlanden er op het gebied van de criminaliteitsbestrijding en zeker als het gaat om de handel in verdovende middelen principieel verschillende opvattingen op na houden. Men denke aan het conflict tussen Nederland en Duitsland over het vervolgingsbeleid inzake de verkoop van softdrugs in de zaak Harm Dost.⁵ De hierboven aangehaalde uitspraak van het Hof van Cassatie trekt echter de aandacht omdat deze is gedaan na de inwerkingtreding van de Uitvoeringsovereenkomst van Schengen.⁶ In deze Overeenkomst is een bepaling (art. 54) opgenomen die de lidstaten bindt aan het negatief gezag van gewijsde van een onherroepelijk strafvonnis van een andere lidstaat. Ik noem dit een *ne bis in idem*-regeling met internationale werking. Het opmerkelijke is nu dat het Belgische Hof artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst buiten toepassing heeft gelaten, terwijl er toch een Nederlands strafgewijsde lag en Nederland eveneens partij is bij de Schengenuitvoeringsovereenkomst. Het Hof houdt met zijn uitspraak vast aan staande rechtspraak.⁷ De Nederlandse zaak daarentegen, die van vóór de inwerkingtreding van de Overeenkomst dateert, leidde zonder de toepassing van artikel 54 reeds tot erkenning van het vreemde – Belgische – vonnis. In de tweede plaats valt op dat het Belgische Hof voorrang geeft aan twee oudere drugsverdragen terwijl de Hoge Raad zich om die verdragen in het geheel niet bekommert.

Behalve opmerkelijk is het verschil in uitkomst ook onbevredigend, omdat de intensieve samenwerking tussen de Schengenstaten op het gebied van de criminaliteitsbestrijding kennelijk niet leidt tot een uniforme(re) uitleg van gemeenschappelijk recht. Dit is te meer te betreuren omdat het hier gaat om een belangrijke waarborg voor het individu. In dit geval is het gevolg van het verschil in opvatting een dubbele bestraffing. Een andere mogelijke en evenzeer onwenselijke uitkomst zou zijn geweest, dat beide uitspraken niet met elkaar te verenigen zouden zijn, bijvoorbeeld indien de Belgische rechter had vrijgesproken. Ook is het bepaald ongewenst dat het (nog steeds) van een toevallige omstandigheid afhangt, namelijk van de plaats waar de verdachte het eerst wordt berecht, of een tweede vervolging wegens dezelfde gedraging tot de mogelijkheden behoort. Dit soort resultaten zijn niet goed te rijmen met de ontwikkelingen die in Europa gaande zijn. De Uitvoeringsovereenkomst van Schengen is een verdrag waarin de krachten der soevereine lidstaten juist worden gebundeld om tot een gezamenlijke aanpak te komen van de problemen die door de afschaffing van de controles aan de binnengrenzen worden veroorzaakt. Wat hier gebeurt, is het tegengestelde van bundeling. Bovendien zullen de Schengenovereenkomsten

4. C. VAN DEN WYNGAERT en G. STESENS, 'The international *Non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions', *The international and comparative law quarterly* 1999, 795.

5. Besproken door G.A.M. STRIJARDS, 'De internationale erkenning van strafgewijsden', in *Naar eer en geweten* (Rommelink-bundel), Arnhem, Gouda Quint, 1987, 587- 606.

6. Overeenkomst ter uitvoering van het tussen België, Nederland, Luxemburg, Duitsland en Frankrijk op 14 juni 1985 te Schengen gesloten Akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, Schengen 19 juni 1990, *Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Trb)* 1990, 145.

7. Cass. 29 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 435, *Rev.dr.pén.* 1990, 289; Cass. 5 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1272; Cass. 28 juni 1994, *Arr. Cass.* 1994 (I), 664.

tezamen met alle in het kader daarvan reeds genomen beslissingen, als het zogenaamde Schengen-acquis, deel gaan uitmaken van het recht van de Europese Unie. Eén van de doelen van deze Unie is ‘de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en *rechtvaardigheid* een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door de ontwikkeling van gezamenlijk optreden op het gebied van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken’, waaronder op het gebied van de bestrijding van de illegale drugshandel.⁸ In die ruimte past het niet om onderling wantrouwen tussen de lidstaten over de hoofden van de burgers uit te vechten.

De Nauw⁹ heeft dan ook rechtspolitieke kanttekeningen geplaatst bij het hier te bespreken arrest van het Belgische Hof. Hij is echter tevens van mening dat het arrest “vanuit rechtstechnisch oogpunt overtuigend” is. Die mening kan ik niet met hem delen. Naar mijn mening past de uitspraak weliswaar in de Belgische rechtspraak en traditie maar wordt de Schengenuitvoeringsovereenkomst geweld aangedaan. Bovendien geeft het Hof daarbij een uitleg aan de beide VN-verdragen die eveneens op gespannen voet staat met de regels der uitlegkunde zoals die volgen uit het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. In ieder geval is de uitleg die het Hof aan die verdragen en aan de Schengenuitvoeringsovereenkomst geeft geenszins dwingend. Ik zal dat hieronder toelichten.

Om mijn betoog te onderbouwen zal ik allereerst ingaan op de onderlinge relatie tussen de drie leerstukken die in een casus als deze een rol spelen: soevereiniteit, de erkenning van vreemde vonnissen en het beginsel *ne bis in idem*. Ter verheldering van het verhaal zal ik de in België en in Nederland geldende opvattingen naast elkaar zetten. Aan de hand van deze bevindingen zal ik betogen dat het verschil in uitkomst in beide landen niet zozeer is te verklaren door een verschil in opvatting over ‘hetzelfde feit’ in de zin van *ne bis in idem*,¹⁰ en ook niet door de brede criteria voor lokalisering van het delict voor de bepaling van rechtsmacht¹¹ maar door een verschil in opvatting over soevereiniteit (al hangt het één nauw met het ander samen). Vervolgens zal ik de door het Hof aangehaalde artikelen uit de drugsverdragen aan een nadere beschouwing onderwerpen.

Soevereiniteit en jurisdictie

Staten zijn in beginsel vrij om de strafbare feiten die op hun grondgebied worden gepleegd te vervolgen en te bestraffen. De rechtvaardiging daarvan ligt in het zelfbeschermingsbeginsel,¹² waarvan de hierboven aangehaalde overwegin-

8. Zie art. K.1 Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997 (art. 2 en art. 29 EU-Verdrag) en het daarbij behorende ‘Protocol tot opneming van het Schengen-acquis in het kader van de Europese Unie’. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1999, 142 e.v.

9. A. DE NAUW, ‘Het internationaal *ne bis in idem* beginsel in drugszaken: een Belgische afwijzing ondanks het Schengenakkoord’, in G.J.M. CORSTENS en M.S. GROENHUIJSEN (red.), *Rede en Recht* (Keijzer-bundel), Deventer, Gouda Quint, 2000, 171-176, i.h.b. 173.

10. Zoals C. VAN DEN WYNGAERT en G. STESENS, *o.c.*, 789, dat lijken te doen.

11. A. DE NAUW, *o.c.*, 173.

12. H.D. WOLSWIJK, *Locus delicti en rechtsmacht*, Deventer, Gouda Quint, 1998, 24.

gen van de appelrechters een fraai voorbeeld zijn. Maar zij kunnen daar door middel van internationale verdragen ook toe worden verplicht, zoals bijvoorbeeld de verdragen inzake de sluikehandel in verdovende middelen dat doen. Dan ligt de rechtvaardiging (mede) in de interstatelijke solidariteit. Doordat het begrip 'territoir' een ruime betekenis kan hebben is het mogelijk dat twee landen op basis van ditzelfde jurisdictiebeginsel rechtsmacht claimen. Als bijvoorbeeld iemand vanuit Nederland opzettelijk op iemand schiet die zich net over de Belgische grens bevindt, is dit feit naar Nederlands recht in Nederland gepleegd en naar Belgisch recht ook in België. In het omgekeerde geval zou niets veranderen. Beide landen claimen rechtsmacht op basis van territorialiteit, waarbij zowel de plaats van de gedraging als die waar het gevolg intreedt als aanknopingspunt kunnen dienen voor het aannemen van rechtsmacht.¹³

Niet alleen territoir schept rechtsmacht, maar ook andere omstandigheden kunnen daarvoor een aanknopingspunt bieden, zoals de nationaliteit van de verdachte, de bescherming van de belangen van het eigen land, of de ernst van de criminaliteit. Het volkenrecht verleent in bepaalde gevallen zelfs expliciete machtiging om extraterritoriale rechtsmacht te scheppen. Dit laatste is ook bij drugsriminaliteit het geval. De schade die veroorzaakt wordt door dit soort strafbare feiten wordt zo groot geacht, dat internationaal is overeengekomen dat 'ernstige strafbare feiten als in het verdrag bedoeld' door elke staat strafbaar mogen worden gesteld en bestraft, liefst met vrijheidsbenemende sancties, waar en door wie het delict ook is gepleegd.¹⁴ De bestrijding van illegale drugshandel staat daarin niet op zich zelf. Ook voor andere ernstige criminaliteit geldt de mogelijkheid en ook wel de plicht tot strafbaarstelling en aanvaarding van extraterritoriale rechtsmacht; men denke aan de volkenrechtelijke misdrijven genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven, delicten die tot de rechtsmacht zullen behoren van het straks in werking tredende internationale strafhof.¹⁵ In al die gevallen van samenloop van rechtsmacht ten aanzien van één en dezelfde gedraging¹⁶ ontstaat de kans op dubbele vervolging. Wanneer rechtsmacht wordt uitgeoefend op basis van internationale solidariteit, dus op samenwerking, is dit vaak een ongewild en mijns inziens ook ongewenst bijeffect.

13. Voor België zie: C. VAN DEN WYNGAERT en G. STESSSENS, *o.c.*, 121, voor Nederland zie: J. REMMELINK, *Mr D. Hazewinkel Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 261; in beide landen geldt een zgn. ubiquoteitsleer.

14. Zie b.v. de artikelen 36 eerste lid onder a *jo.* 36 tweede lid onder a (iv) Enkelvoudig Verdrag van New York, hierna te bespreken.

15. Hierover A.H.J. SWART, *De berechting van internationale misdrijven* (afscheidsrede Utrecht), Amsterdam, Gouda Quint, 1996.

16. Voor de overzichtelijkheid van mijn betoog beperk ik mij die tot voorbeelden van gevallen (doodslag, grensoverschrijdend drugsvervoer) waarbij in één gedraging een vergelijkbaar rechtsgoed wordt geschonden; de strekking van de overtreden bepaling in het ene land is dus vergelijkbaar met die in het andere land. Deze voorbeelden moeten worden onderscheiden van die gevallen waarin binnen één gedraging of feitencomplex geheel verschillende strafbare feiten worden begaan die in het algemeen zonder schending van het *ne bis in idem*-beginsel volgtijdig kunnen worden vervolgd en berecht (dronken en/of te hard rijdend drugs vervoeren). Over deze combinaties gaat dit artikel niet.

Erkenning van vreemde vonnissen

Deze kans wordt ingeperkt naarmate staten bereid zijn om elkaars strafvonnissen, of ruimer nog: elkaars strafrechtelijke politiek, te erkennen. Dat kan eenzijdig, in de nationale wet of door middel van afspraken, bij verdrag. Zo hebben staten de laatste jaren een aantal stappen gezet zowel op het gebied van de positieve erkenning (de overname en tenuitvoerlegging van elkaars strafvonnissen) als op het gebied van de negatieve erkenning (toekenning van internationale werking aan het *ne bis in idem*-beginsel).¹⁷ Het gaat in dit artikel om de tweede variant, de negatieve erkenning.

Buiten de zelfbinding door middel van verdrag bestaat er geen verplichting om het negatief gezag van een vreemd vonnis te erkennen. Een algemeen *ne bis in idem*-beginsel dat internationale werking heeft bestaat (nog) niet. De mensenrechtenverdragen gaan niet verder dan een nationale *ne bis in idem*-regel, dus een verbod om hetzelfde feit tegen dezelfde persoon in dezelfde staat ten tweede male te berechten.¹⁸ Ook het Belgische Hof van Cassatie gaat daarvan uit.¹⁹ Zodra twee staten in het geding zijn vervalt dus de bescherming van het *ne bis in idem*, tenzij het nationale recht die bescherming geeft. Derhalve vormen de samenloop van rechtsmacht enerzijds en de niet-erkenning van het gezag van gewijsde van een vreemd vonnis de optelsom voor een dubbele vervolging en berechting.

Erkenning van vreemde vonnissen door Nederland en door België

Nederland kent in zijn *ne bis in idem*-bepaling in het tweede lid van artikel 68 Wetboek van strafrecht (Sr) een ruime werking toe aan vreemde strafvonnissen.²⁰ Deze bepaling is zo oud als het wetboek, dus van 1886 en sindsdien niet wezenlijk veranderd. Erkenning van het vreemde vonnis vindt plaats zodra

17. Zie hierover o.a. D. FLORE, 'Le jugement répressif au-delà des frontières nationales', *Ann. dr. Louvain* 1988, 105-146.

18. Zie voor de uitleg van art. 14 zevende lid BUPO-Verdrag het Mensenrechtencomité inzake A.P. tegen Italië, 2 november 1987, UN Doc. CCPR/C/OP/2 UN sales NO. E.89. XIV.1 (1990). Over de rechtspraak van het EHRM zie B.F. KEULEN en E.E.V. LENOS, 'Geen bis in idem bij de uitleg van *ne bis in idem*. EHRM 30 juli 1998, Oliveira tegen Zwitserland', *NJCM-Bulletin* 1999, 235; H.G.M. KRABBE en W.F. VAN HATTUM, 'De *ne bis in idem*-regel in de rechtspraak van het EHRM', *Delikt en Delinkwent* 2000, afl. 30, 6-20.

19. Cass. 20 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 671 en 5 mei 1999, *Arr. Cass.* 1999, 263, beide over de (niet) toepasselijkheid van artikel 14 zevende lid BUPO-verdrag.

20. Art. 68 Wetboek van Strafrecht staat in het Eerste Boek, Algemene bepalingen, Titel VIII met als titel: 'Verval van het recht tot strafvordering en van de straf'. Het luidt:

"Lid 1. 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 in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba onherroepelijk is beslist.

Lid 2. Is het gewijsde afkomstig van een andere rechter, dan heeft tegen dezelfde persoon wegens hetzelfde feit geen vervolging plaats in geval van:

1. vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgging;

2. veroordeling, indien een straf is opgelegd, gevolgd door gehele uitvoering, gratie of verjaring der straf.

Lid 3. Niemand kan worden vervolgd wegens een feit dat te zijnen aanzien in een vreemde staat

sprake is van een definitief en inhoudelijk rechterlijk gewijsde over hetzelfde feit. Bij een veroordeling dient de straf, indien deze is opgelegd, geheel te zijn ondergaan. Er worden geen – althans niet met zoveel woorden – kwaliteitseisen aan het vreemde vonnis gesteld.²¹ Ook vormt het geen beletsel voor de toepassing van artikel 68 tweede lid dat het feit zich op Nederlands grondgebied voerde. Met deze eenzijdige zelfbinding neemt Nederland een unieke plaats in op het Europese vaste land.²²

Ook België geeft negatieve werking aan buitenlandse strafgewijsden, maar hier is de plaats van het delict wel van belang. Het gaat om de uitleg van artikel 13 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering (VTSv) dat dateert uit 1878.²³ Dit artikel beperkt de in die titel geregelde extraterritoriale jurisdictie. Indien het misdrijf in een ander land inhoudelijk is berecht, mag het misdrijf in België niet nogmaals worden vervolgd. Aan deze regel liggen volgens Thomas “zeer duidelijk” billijkheidsoverwegingen ten grondslag.²⁴ Er gelden echter twee belangrijke beperkingen voor de toepassing ervan. In de eerste plaats moet het gaan om *hetzelfde misdrijf*. Het Hof van Cassatie eist daarom een juridische invulling van het feitsbegrip.²⁵ Deze uitleg sluit aan bij een taalkundige uitleg van de wettekst. In de tweede plaats moet het misdrijf *in het buitenland* zijn gepleegd.²⁶ De titel waarin artikel 13 staat heeft immers slechts betrekking op uitoefening van rechtsmacht over misdrijven ‘buiten het grondgebied van het Rijk’ gepleegd en niet die *op* het Belgisch grondgebied. Indien beide voorwaarden cumulatief worden toegepast is de regel zonder betekenis voor al die delicten die op basis van de ubiquoteitsleer op Belgisch grondgebied worden geacht te zijn gepleegd en alle in- en uitvoerdelicten.²⁷ Immers, zodra België rechts-

→
onherroepelijk is afgedaan door de voldoening aan een voorwaarde, door de bevoegde autoriteit gesteld ter voorkoming van strafvervolging.”

21. Ook aan een vonnis als resultaat van een schijnprocedure zou dus een negatief gezag toekomen. A.H. KLIP, ‘*Ne bis in idem* en Bouterse’, *Nederlands Juristenblad* 1998, 2069-2075, i.h.b. 2075 wil daarom een materieel criterium in het artikellid inlezen; J.A.W. LENSING, ‘*Ne bis in idem* in strafzaken: een rechtsvergelijkende en internationaalstrafrechtelijke oriëntatie’, *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking no. 60*, Deventer, Kluwer, 2000, 94-211, i.h.b. 201 staat wetswijziging voor.

22. P.J. BAAUW, ‘*Ne bis in idem*’, in A.H.J. SWART en A.H. KLIP (red.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim, 1997, 75-84; VAN DEN WYNGAERT en G. STESSSENS, o.c., 783.

23. Art. 13 VTSv (Wet 17 april 1878) staat in Hoofdstuk II, ‘Strafvordering wegens misdaden of wanbedrijven (niet: overtredingen, vvh) buiten het grondgebied van het Rijk gepleegd’. Het luidt: “Behalve wat de in oorlogstijd gepleegde misdaden en wanbedrijven betreft, zijn de bovenstaande bepalingen (inzake het mogen uitoefenen van extraterritoriale jurisdictie, vvh) niet toepasselijk wanneer de verdachte, wegens hetzelfde misdrijf gevonnisd in een vreemd land, vrijgesproken is, of na te zijn veroordeeld, zijn straf heeft ondergaan, verjaring van zijn straf is ingetreden of hem genade of amnestie is verleend.” Zie over de plaatsing van dit artikel in Strafvordering: FR. THOMAS, ‘De internationale gelding van de strafwet in de ruimte’, in A. DE NAUW, J. D’HAENENS, M. STORME (red.), *Actuele problemen van strafrecht. XIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1987-1988*, Antwerpen-Arnhem, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988, 195-214, i.h.b. 198.

24. FR. THOMAS, o.c., 204.

25. Cass. 29 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 435, *Rev. dr. pén.* 1990, 289, i.h.b. 291.

26. Cass. 20 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 671. Vgl. C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., 612, 613.

27. Ook deelnemingshandelingen in België aan een hoofdfeit in het buitenland kunnen zelfstandig in België worden vervolgd; Cass. 24 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 164; zie G. STESSSENS, ‘De locus

→

macht kan claimen op basis van territorialiteit, zoals in het geval van de schutter die vanuit Nederland over de Belgische grens schiet, wordt de *ne bis in idem*-regel in artikel 13 VTSv buiten werking gesteld vanwege de plaats van het delict. In geval van een (de Belgische grens) overschrijdend verboden transport wordt aan geen van beide voorwaarden voldaan: het transport vindt immers ook in België plaats en krijgt daar een andere juridische kwalificatie (in- of uitvoer).²⁸

Een geschreven regel met betrekking tot de (niet-)erkenning van buitenlandse strafvonnissen die betrekking hebben op een feit dat op Belgisch grondgebied is gepleegd, ontbreekt. Uit de tekst van artikel 13 VTSv wordt nu *a contrario* afgeleid dat die buitenlandse vonnissen niet worden erkend.²⁹

‘Hetzelfde feit’: Nederland

De term ‘hetzelfde feit’ in het eerste lid van artikel 68 Sr heeft in de rechtspraak een invulling gekregen die bestaat uit een mix van feitelijke en juridische componenten. Enerzijds dient er (wezenlijke) samenhang te bestaan tussen de gedragingen zowel wat betreft tijd, plaats als schuld, en anderzijds dient er verwantschap te bestaan tussen de delictsbepalingen. “Indien de strekking van de verschillende delictsomschrijvingen wezenlijk verschillen”³⁰ wordt een beroep op *ne bis in idem* niet gehonoreerd. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien iemand op een ‘autoloze zondag’ tegelijkertijd handelt in strijd met het verbod van rijden onder invloed en het verbod om op die zondag auto te rijden.³¹ Een ander voorbeeld is het doorrijden na een ongeval zonder je identiteit bekend te hebben gemaakt en het rijden zonder rijbewijs.³² Anderzijds, indien in feitelijke instantie aannemelijk is geworden dat er nauwe samenhang bestaat tussen beide wetsovertredingen kan er ondanks het verschil in de strekking van de bepalingen wel met succes een beroep worden gedaan op artikel 68 Sr. Een voorbeeld daarvan

→ delicti van drugshandel’, noot onder Hof van beroep Antwerpen 23 april 1998, *R.W.* 1998-99, p. 1251; vgl. FR. THOMAS, *o.c.*, 1988, 202.

28. Zie over de redactie van artikel 13 VTSv: FR. RIGAUX, ‘L’exercice de la justice répressive’, *Ann. dr. Louvain* 1985, 23-50 i.h.b. 37; D. FLORE, *o.c.*, 139, S. BRAMMERTZ, ‘Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen’, *Rev. dr. pén.* 1996, 1063-1081, i.h.b. 1066; C. VAN DEN WYNGAERT en G. STESSENS, *o.c.*, 789. Deze schrijvers kritiseren niet zozeer de uitleg, als wel het ontbreken van aanvullende wetgeving sinds de inwerkingtreding van de Europese verdragen die een ruimere toepassing geven aan de negatieve erkenning van vreemde gewijsden zoals het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen van 1970 (art. 53) en het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgving van 1972 (art. 35).

29. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 612 verwijst naar de relevante – oude – jurisprudentie. De omkering spreekt echter niet vanzelf. Art. 13 VTSv is immers onderdeel van een jurisdictieregeling die alleen betrekking heeft op feiten in het buitenland gepleegd. Deze regeling zegt juist niets over delicten die op eigen territoir zijn begaan. De territoriale rechtsmachtuitoefening is in een ander wetboek, art. 3 Sw., geregeld en wordt in beginsel beheerst door de voor dat wetboek geldende ongeschreven *ne bis in idem*-regeling.

30. Vgl. HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, met noot J. DE HULLU (Tjoelkerzaak). Zie: H.G.M. KRABBE, ‘Over de signaalfunctie van de *ne bis in idem*-regel’, *Delikt en Delinkwent* 2000, 655-670, i.h.b. 658.

31. HR 25 maart 1975, *NJ* 1975, 296.

32. HR 13 juni 2000, *NJ* 2000, 523.

is het geval van het neefje dat, omdat hij nog geen rijbewijs had, de auto van zijn tante niet mocht lenen maar dat vervolgens toch deed. De transactie wegens rijden zonder rijbewijs stond in dat geval aan de vervolging wegens joyriding in de weg.³³ In geval van grensoverschrijdende drugshandel is voor het aannemen van feitelijke samenhang tussen de verschillende strafbare feiten niet noodzakelijk dat zij op dezelfde tijd en plaats plaatsvonden.³⁴ Het gaat erom of tussen de feiten feitelijk en juridisch voldoende samenhang bestaat. Voor de uitleg van het begrip ‘hetzelfde feit’ in artikel 68 Sr wordt, ten slotte, geen onderscheid gemaakt tussen de toepassing ten aanzien van Nederlandse of buitenlandse gewijsden.

‘Hetzelfde feit’: België

Waar in Nederland de *ne bis in idem*-regel is uitgedrukt in het algemeen deel van het Wetboek van strafrecht wordt het in België beschouwd als een ongeschreven ‘algemeen geldend rechtsbeginsel’.³⁵ Sedert België is toegetreden tot het Verdrag inzake politieke en burgerrechten (BUPO), geldt als geschreven regel ook het bepaalde in artikel 14 lid 7 van dit Verdrag. Afgezien van formele eisen aan de eerdere berechting gesteld, dient er sprake te zijn van eenheid van feit, niet: van kwalificatie.³⁶ De beoordeling is net als in Nederland overgelaten aan de feitenrechter.³⁷ Naast het algemeen rechtsbeginsel *ne bis in idem* gold tot de wijziging van artikel 65 in 1994³⁸ een beginsel dat grote gelijkenis vertoonde met de *ne bis in idem*-regel. Dit leerstuk wordt aangeduid met *laattijdig vastgesteld voortgezet of collectief misdrijf*. Voordat ik dit leerstuk bespreek, volgt eerst een korte uiteenzetting van het begrip voortgezet of collectief misdrijf.

Voortgezet of collectief misdrijf³⁹

Het begrip voortgezet of collectief misdrijf is de benaming voor een reeks dezelfde of verschillende delicten die “de opeenvolgende en voortgezette uitvoering (zijn) van hetzelfde misdadig opzet”. Hoewel het hier eigenlijk gaat om meerdaadse samenloop wordt vanwege het collectieve karakter van de misdrijf-

33. HR 17 december 1963, *NJ* 1964, 385 met noot w. POMPE.

34. Zie het geciteerde arrest hierboven (noot 2); voor een uitgebreidere bespreking van deze jurisprudentie zie W.F. VAN HATTUM, ‘*Ne bis in idem* in de Nederlandse uitleveringsprocedure’, *Delikt en Delinkwent* 1999, 941-960, i.h.b. 945 ev.

35. R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 112; C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., 607 Cass. 20 november 1972, *Arr. Cass.* 1972, 282 en Cass. 5 mei 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 837.

36. R. DECLERCQ, ‘Feit en kwalificatie in de strafrechtspleging’, in L. DUPONT en B. SPIRIET (red.) *Strafrecht voor rechtspractici – IV*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1991, 179-240 en R. DECLERCQ, o.c., 1999, 117. Vgl. art. 360 Sv.

37. C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., 610: “Veel zal afhangen van de tijd- en plaatsbepaling van het feit in de inleidende akte.”

38. Art. 45 van de Wet van 11 juli 1994 (inzake snelrecht bij stadsdelinquentie).

39. Een overzichtelijke beschouwing is te vinden in B. SPIRIET, ‘Het voortgezet of collectief misdrijf – Omschrijving en gevolgen’, noot onder Cass. 1 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 467.

ven – LEIJTEN⁴⁰ zou zeggen: *cluster* – slechts één straf opgelegd. Men spreekt in dit verband ook wel van ‘vermenging’.⁴¹ Oorspronkelijk op vaste rechtspraak gegrond,⁴² volgens VAN DEN WYNGAERT om de ingewikkelde regels inzake straf-toemeting bij meerdaadse samenloop te omzeilen,⁴³ is deze regel, die door het Hof van Cassatie ook wel ‘beginsel’ wordt genoemd, in 1994 in de wet neergelegd (toevoeging aan art. 65 Sw. eerste volzin).⁴⁴ De ten laste gelegde feiten kunnen van verschillende aard zijn en er is niet vereist dat de verschillende misdrijven op dezelfde tijd en op dezelfde plaats werden gepleegd.⁴⁵ De rechter oordeelt of de verschillende misdrijven voortkomen uit dezelfde opzet, “dit wil zeggen onderling verbonden zijn door eenheid van doel en verwezenlijking, en in die zin door één feit, te weten (door) een complexe gedraging zijn opgeleverd.” Een complexe gedraging wordt op deze manier technisch gezien één strafbaar feit. De vaststelling van ‘eenheid van doel en verwezenlijking’ is een feitenkwestie “die door de rechter ten gronde op soevereine wijze wordt beoordeeld”.⁴⁶ Pour besoin de la cause – de verjaringstermijn van het collectief gaat namelijk pas lopen vanaf het laatste gepleegde delict – wordt zelfs bij een tussenpoos van bijna drie jaar nog wel eens een ‘collectief’ misdrijf aangenomen.⁴⁷

40. J.C.M. LEIJTEN, ‘Van de zeven verschrikkingen van het strafrecht’, *Nederlands Juristenblad* 1998, 968-970.

41. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 406.

42. Twee leerstukken hebben hieraan grondslag gegeven: die over de eenheid van opzet en die over de uitleg van artikel 65 Sw. oud, zie R. LEGROS, noot onder Cass. 30 mei 1960, *Rev. dr. pén.* 1960-61, 633-645 en J. KUYL, ‘Over de eenheid van misdadig opzet’, *R.W.* 1978, 546-605. J. KUYL geeft in een uitvoerige historische uiteenzetting aan dat deze interpretatie eigenlijk geen steun vindt in art. 65 oud. Art. 65 Sw. oud luidde tot 1994 (tout court): “Wanneer een zelfde feit verscheidene feiten oplevert wordt alleen de zwaarste straf uitgesproken”.

43. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 188.

44. Art. 65 Sw. luidt sinds de Wet van 11 juli 1994: “Wanneer een zelfde feit verscheidene feiten oplevert of wanneer verschillende misdrijven die de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet gelijktijdig worden voorgelegd aan een zelfde feitenrechter, wordt alleen de zwaarste straf uitgesproken.

Wanneer de feitenrechter vaststelt dat misdrijven die reeds het voorwerp waren van een in kracht van gewijsde gegane beslissing en andere feiten die bij hem aanhangig zijn en die, in de veronderstelling dat zij bewezen zouden zijn, aan die beslissing voorafgegaan en samen met de eerste misdrijven de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet, houdt hij bij de straftoemeting rekening met de reeds eerder uitgesproken straffen.

Indien deze hem voor een juiste bestraffing van al de misdrijven voldoende lijken, spreekt hij zich uit over de schuldvraag en verwijst hij in zijn beslissing naar de reeds uitgesproken straffen. Het geheel van de straffen uitgesproken met toepassing van dit artikel mag het maximum van de zwaarste straf niet te boven gaan.”

45. Cass. 30 november 1970, *Arr. Cass.* 1971, 284.

46. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 189 en 405 met verwijzing naar Cass. 23 december 1998 (Augusta-zaak).

47. Cass. 1 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 467.

Laattijdig vastgesteld ‘collectief’ misdrijf

In het verlengde van dit leerstuk inzake het voortgezet of collectief misdrijf, dat in 1994 wettelijke basis kreeg, is in de rechtspraak de regel ontwikkeld dat de rechter de strafvordering vervallen diende te verklaren in geval van berechting van feiten die achteraf gezien deel uitmaken van een complex van feiten dat reeds is berecht. De strafrechter was volgens deze rechtspraak namelijk “gebonden door het gezag van het rechterlijk gewijsde van de vorige beslissing waardoor de strafvordering vervallen is, zodat hij niet bevoegd (is) om te beoordelen of de dader al dan niet schuldig is.”⁴⁸ Het betrof hier derhalve een ongeschreven vervolgingsuitsluitingsgrond, ook wel *opslorping* genoemd: alle feiten die deel uitmaken van het collectief misdrijf, ook die waar de rechter bij gebrek van kennis nog geen uitspraak had over gedaan, waren “opgeslorpt” door de rechterlijke uitspraak over dat collectief misdrijf.⁴⁹ Ook in dit leerstuk – het laattijdig vastgesteld voortgezet of collectief misdrijf – draait het om de vaststelling van ‘hetzelfde misdadig opzet’, maar anders dan in geval van gelijktijdige berechting vindt dit onderzoek bij de tweede berechting plaats. Volgens de rechtspraak vloeien nieuw ten laste gelegde misdrijven voort uit hetzelfde misdadig opzet “wanneer zij onderling verbonden zijn door het nastreven en de verwezenlijking van één enkel doel en aldus, in die betekenis, één enkel strafbaar feit opleveren”.⁵⁰ De omschrijving is derhalve hetzelfde als bij ‘collectief’ misdrijf.⁵¹

Ook deze ongeschreven regel, die onmiskenbaar *ne bis in idem*-effect had, werd wel gebaseerd op het hiervoor reeds genoemde artikel 65 oud Sw.⁵² Ter gelegenheid van de eerdergenoemde wijziging van artikel 65 oud Sw. heeft de wetgever deze regel van jurisprudentierecht echter uitdrukkelijk haar basis willen ontnemen;⁵³ daarvoor in de plaats is – in een tweede volzin bij het artikel – een verrekeningsbepaling gecreëerd. Een laattijdig vastgesteld collectief misdrijf leidt thans niet meer tot niet-ontvankelijkheid, maar de rechter dient bij de straftoemeting rekening te houden met de eenheid van opzet die tussen de eerder berechte feiten en het nieuw te berechten feit bestond. Hij mag een tweede straf om die reden ook geheel achterwege laten (art. 65 derde volzin Sw.).

De werking van de Belgische *ne bis in idem*-regel die wel werd afgeleid uit artikel 65 Sw. was tot 1994 derhalve niet beperkt tot hetzelfde feit in de Nederlandse betekenis maar kon een complex van feiten en gedragingen van uiteen-

48. Cass. 23 december 1998, Augusta-zaak, *Arr. Cass.* 1998, 534; hoewel een uitspraak na de wetswijziging, betrof het feiten gepleegd vóór de wetswijziging en werd de uitspraak nog gebaseerd op artikel 65 oud Sw.

49. J. KUYL, *l.c.*

50. Cass. 23 december 1998, Augusta-zaak, *Arr. Cass.* 1998, 534.

51. Cass. 4 februari 1992, *F.J.F.* 1992, 425 en 426. De appèlrechters hadden geoordeeld dat tussen de feiten (vervalsen van kentekenplaten en sluikehandel in sigaretten) geen eenheid van opzet bestond, maar uit hun motivering volgde dat de verdachte het zich juist door het eerste feit (vervalsing) gemakkelijker had gemaakt het tweede (sluikehandel) te plegen. Deze vaststelling onderstreepte volgens het Hof van Cassatie juist de “eenheid van strafbaar feit tussen de beide gedragingen”. Daarom werd deze uitspraak wegens motiveringsgebrek vernietigd.

52. Zie J. KUYL, *l.c.*

53. Aldus ook PH. TRAEEST, noot onder Cass. 16 november 1994, *P. & B.* 1995, 65-69. *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 209-2, 15, 40, 41, 149-152.

lopend juridisch karakter omvatten. Voor het *ne bis in idem* mag het voortgezet of “collectief” misdrijf sinds 1994 zonder belang zijn,⁵⁴ de huidige verrekeningsbepaling beperkt de rechter wel in geval van vaststelling van eenheid van opzet – en dat kan al snel worden aangenomen – in zijn vrijheid van straftoemeting, in die zin dat hij slechts de zwaarste straf mag toepassen die voor dit collectief misdrijf kan worden opgelegd, rekening houdend met de reeds eerder uitgesproken straf voor hetzelfde collectief misdrijf.

Grensoverschrijdende criminaliteit

Men zou nu verwachten dat een *ononderbroken* drugtransport en waarschijnlijk ook een *onderbroken* drugtransport naar Belgisch recht gezien wordt als één feit. Er is immers ofwel sprake van eendaadse samenloop ofwel van een voortgezet of collectief misdrijf. Dan mag slechts één, de zwaarste, straf worden opgelegd (art. 65 eerste volzin). Bij herhaalde vervolging zal in dat geval het openbaar ministerie niet ontvankelijk zijn (algemeen beginsel *ne bis in idem*), ofwel de rechter bij de nieuwe strafoplegging rekening moeten houden met de reeds opgelegde straf (art. 65 Sw. tweede volzin) of afzien van straf (art. 65 Sw. derde volzin). Dat zal ook zeker het geval zijn bij een binnenlands drugtransport.⁵⁵ Indien bij het vervoer de landsgrens wordt overschreden ligt het anders. Dan worden de nationaal toe te passen leerstukken verlaten en treedt daarvoor het leerstuk der soevereiniteit, het eng te interpreteren artikel 13 VTSv, in de plaats. Het Hof van Cassatie drukte dit in 1991 zo uit, dat “*de algemene rechtsbeginselen door de rechter in een welbepaalde zaak niet mogen worden toegepast wanneer die toepassing onverenigbaar zou zijn met de ondubbelzinnige wil van de wetgever*”. Aldus diende het algemene rechtsbeginsel *ne bis in idem* voor artikel 13 VTSv te wijken.⁵⁶ Hetzelfde gebeurde in de hier te bespreken zaak (zie de overwegingen van de appèlrechters in de inleiding). De dubbele vervolging van grensoverschrijdende criminaliteit heeft derhalve niet te maken met de uitleg van het feitsbegrip maar met de ‘wil van de wetgever’, die uit soevereiniteitsoverwegingen⁵⁷ bepaalde dat wat op het Belgisch grondgebied wordt misdreven ook aldaar vervolgd moet kunnen worden, volgens het Hof dus zelfs indien dit zou neerkomen op de berechting van dezelfde gedraging.

54. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 189.

55. Aldus ook S. BRAMMERTZ, 1078. Hij wijst erop dat het Hof in zijn arrest van 29 november 1989 de mogelijkheid om artikel 65 (oud) toe te passen op in België gepleegde feiten die in het buitenland zijn afgedaan expliciet heeft open gelaten maar dat de lagere rechtspraak dit artikel buiten toepassing laat.

56. Cass. 20 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 671. Deze overweging is overigens slecht te rijmen met die in zijn arrest van 29 november 1989 (zie de noot hiervoor).

57. FR. THOMAS, *o.c.*, 209 noemt de regeling discriminatoir en bepleit deze ‘nationalistische’ trek uit het artikel te schrappen. Bovendien zou de bepaling geactualiseerd moeten worden door ook andere inhoudelijke afdoeningen onder de *ne bis*-werking te laten vallen.

Grensoverschrijdende drugscriminaliteit

Terzake van grensoverschrijdende handel in verdovende middelen is in de Belgische rechtspraak bovendien een apart leerstuk ontwikkeld, namelijk dat met betrekking tot de vervolgbaarheid van een reeks samenhangende handelingen. Het Hof van Cassatie vindt voor zijn opvatting over artikel 13 VTSv namelijk steun bij de in de aanhef van dit artikel genoemde bepaling in de twee VN-drugsverdragen, het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen van New York van 1961 en het Psychotrope-stoffenverdrag van Wenen van 1971. In zijn arresten volstaat het Hof met een verwijzing naar de genoemde (identieke)⁵⁸ bepalingen om aan te voeren “dat de op het grondgebied van verschillende Overeenkomstsluitende Partijen gepleegde strafbare feiten, wat de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen betreft, afzonderlijke misdrijven zijn die afzonderlijk worden bestraft”. Het Hof geeft geen toelichting hoe het tot deze uitleg komt, bijvoorbeeld aan de hand van de context of het commentaar bij de verdragen. Het baseert zich derhalve slechts op de tekst van een geïsoleerd artikellid. Ook maakt het Hof niet duidelijk hoe de inleidende volzin op dat lid naar Belgisch recht moet worden begrepen. Daarin wordt immers als uitgangspunt genomen dat de bepaling onderworpen is aan de beperkingen die het nationale recht stelt. Het Hof passeert zo de regel dat een verdrag wordt uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen *in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag*.⁵⁹

Nadere beschouwing van artikel 36 tweede lid onder a (i) van het Enkelvoudig Verdrag

De twee door het Hof van Cassatie aangehaalde VN-verdragen hebben tot doel de productie en de handel in verdovende middelen te reguleren.⁶⁰ Eén van de middelen daartoe is de inzet van het strafrecht. Ik beperk mij in het vervolg tot de bespreking van het Enkelvoudig Verdrag nu de beide verdragen op dit punt niet verschillen. Het eerste lid van artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag eist strafbaarstelling en bestraffing van bepaalde in dat lid omschreven gedragingen (de gedragingen waar het Hof op doelt). Het tweede lid geeft de lidstaten de mogelijkheid hun rechtsmacht te verruimen zodat de pakkans kan worden verhoogd. Deze bepalingen laten het nationale recht overigens onverlet (zie art. 36 eerste lid en tweede lid aanhef en derde lid). Daarom heeft de Nederlandse

58. Beide bepalingen zijn nagenoeg gelijkkluidend en hebben dezelfde betekenis aldus het *Commentary on the Single Convention on Narcotic drugs, 1961*, UN New York 1973, (hierna: *Commentary* 1973), 357.

59. Art. 31 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 1972, zoals b.v. toegepast door het EHRM 18 december 1986, *NJ* 1989, 97 en 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462 (Golder-zaak). Hierbij moet steeds bedacht worden dat het de vraag is of het Verdrag rechtstreeks dan wel analoog kan worden toegepast nu het in artikel 2 eerste lid aanhef onder a de reikwijdte lijkt te beperken tot volkenrechtelijke verdragen.

60. Zie over de achtergrond van deze verdragen J. DE HULLU en A.J.P. TILLEMA, ‘De verdragsverplichtingen en de wetgevinggeschiedenis’, in H.G.M. KRABBE (red.), *De Opiumwet, een strafrechtelijk commentaar*, Alphen aan de Rijn, Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, 15-63.

wetgever zich niet genoodzaakt gevoeld om op dit punt enige wijziging in de bestaande wetgeving aan te brengen. De bepaling laat de nationale wetgever immers “alle vrijheid”.⁶¹

Het Verdrag biedt in dit tweede lid onder a ook de mogelijkheid om de rechtsmacht uit te breiden tot universele rechtsmacht indien uitlevering niet mogelijk is. Dit is echter alleen toegestaan indien “een dader niet reeds is vervolgd en onherroepelijk berecht” (art. 36 tweede lid onder a (iv)). De strafrechtelijke bestrijding van de sluikhandel in drugs dient behalve nationaal ook in samenwerking met elkaar, dus internationaal te geschieden. Daartoe zijn bepalingen met betrekking tot uitlevering opgenomen (art. 36 tweede lid onder b). Uit dit samenstel van bepalingen is af te leiden dat de verdragspartijen zijn uitgegaan van een systeem van *aut dedere aut iudicare* met inachtneming van een internationale *ne bis in idem*-regel. In het commentaar staat: “*Clause (iv) so provides in order not to require parties to violate their prohibition of double jeopardy (non bis in idem).*”⁶² M. PRALUS⁶³ heeft erop gewezen hoe bijzonder deze bepaling is. Hij kent slechts één ander mondiaal verdrag met een *ne bis in idem*-bepaling die internationale werking heeft. De overige verdragen geven geen enkele aanwijzing; die verwijzen slechts naar het nationale recht van partijen. Nu zou het nog verdedigbaar zijn geweest wanneer uit het ontbreken van enige verwijzing naar het *ne bis in idem*-beginsel, het buiten toepassing blijven van dat beginsel werd afgeleid, maar juist in artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag staat het wel en uit dit Verdrag kan het dus juist niet worden afgeleid. En zo ziet het Franse Hof van Cassatie dat ook. Het leest in artikel 36 tweede lid onder a (iv) zelfs een bovenwettelijk verbod om een drugstransport, ook het deel daarvan dat in Frankrijk was gepleegd, in Frankrijk te berechten nu Syrië de uitlevering aan Frankrijk voor dat transport had geweigerd en dat land de zaak zelf had berecht.⁶⁴ In de Belgische literatuur is er daarentegen op gewezen dat deze – vanuit Belgische optiek ruimere – *ne bis in idem*-bepaling ‘getemperd’ kan worden op basis van de verwijzing naar het nationale recht in artikel 36 vierde lid.⁶⁵ Deze redenering is goed te verklaren vanuit de Belgische – enge – opvatting met betrekking tot de toekenning van *ne bis in idem*-werking aan een buitenlands vonnis met betrekking tot een op Belgisch territorium begaan delict; de verdragstekst zelf dwingt echter in het geheel niet tot een enge interpretatie van de Belgische *ne bis in idem*-regel. Ten slotte laat ook het Commentaar op artikel 36 tweede lid onder a (i), het artikellid dat door het Belgische Hof in het hier te bespreken arrest wordt aangehaald, aan duidelijkheid niets te wensen over. Het

61. *Kamerstukken II* 1963 nr. 7272, nr 3 (MvT), p. 5 en 6, aangehaald door J. DE HULLU en A.J.P. TILLEMA, o.c., 39.

62. *Commentary* 1973, 436.

63. M. PRALUS, ‘Etude en droit pénal international et en droit communautaire d’un aspect du principe non bis in idem: non bis’, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1996, 551-574, i.h.b. 565.

64. Cass. 13 december 1983, *Bull.* 1983, no. 340, ook aangehaald door M. PRALUS, l.c., 565 (noot hiervoor). De feiten in het Franse uitleveringsverzoek waren aan het Syrische *Cour d’assises* voorgelegd en de verdachte was daarvan vervolgens vrijgesproken. Het latere veroordelend vonnis van de Franse rechter (12 jaar en douaneboete) werd door de cassatierechter wegens schending van het Enkelvoudig Verdrag vernietigd.

65. Zie S. BRAMMERTZ, l.c., 1069. De verwijzing naar het vierde lid is overigens niet op haar plaats nu dit lid slechts de niet-rechtstreekse werking van artikel 36 stipuleert, zie *Commentary* 1973, 440.

verklaart namelijk uitdrukkelijk dat deze uitbreiding van rechtsmacht niet bedoeld is om te leiden tot een dubbele vervolging:

“The purpose of clause (i) is not to ensure the cumulative punishment of offences mentioned in paragraph 1 which form elements of a single crime of illicit traffic and are committed by the same person in different countries. It is not intended to violate the principle of non bis in idem (prohibition of double jeopardy), or to interfere with the rules existing in different countries on the subject of “ideal” or “real” cumulation or concurrence of crimes. Such an interpretation is excluded by the provision of the introductory subparagraph of paragraph 2, subjecting this paragraph to the “domestic law” of each Party. The purpose of clause (i) is to give the courts of a country the necessary territorial jurisdiction in cases where they might not otherwise possess it, and in particular to ensure that a country shall have territorial jurisdiction over accessory acts even though the principle acts were not committed on its territory and even though in general it assigns jurisdiction over accessory acts to the courts in whose districts the principle acts were committed.”⁶⁶

Deze toelichting gaat er bovendien van uit dat dezelfde persoon in verschillende landen “a single crime” kan plegen. De in- en uitvoer van drugs behoeft derhalve in het geheel niet te worden opgevat als twee afzonderlijke misdrijven en het is zeker niet de bedoeling geweest om het *ne bis in idem*-beginsel geweld aan te doen.

Conclusie met betrekking tot de uitleg van artikel 36 Enkelvoudig Verdrag

Gelet op de tekst in samenhang met de inleidende volzin en de overige verwijzingen in artikel 36 naar het nationale recht, geeft artikel 36 tweede lid onder a (i) de mogelijkheid tot het creëren van territoriale strafmacht binnen de grenzen die het nationale recht stelt. Indien de tekst wordt gelezen in verband met de overige artikelleden van artikel 36 wordt duidelijk dat is uitgegaan van een systeem, waarin de staten de verdachte van een ernstig drugsdelict of enige vorm van deelneming daaraan moeten kunnen vervolgen, ofwel op basis van territoriale rechtsmacht waarbij de territoir-staat de uitlevering van de verdachte kan vragen aan de verblijf-staat, ofwel, bij niet-uitlevering, door de verblijf-staat met toepassing van extraterritoriale rechtsmacht. In dit systeem past niet dat staten een berechting ‘overdoen’. Dat wordt bovendien nog eens duidelijk onderstreept in de toelichting.

De Belgische bepalingen inzake *ne bis in idem* en laattijdig vastgesteld collectief feit worden derhalve niet door het Enkelvoudig Verdrag of het Psychotrope-stoffenverdrag buiten werking gesteld. Dat het bepaalde in artikel 36 eerste lid onder a (i) in België desalniettemin als een dwingend voorschrift wordt gelezen, is dus niet zozeer te verklaren door de redactie van het Verdrag als wel door de in België bestaande opvattingen over de vervolging van grensoverschrijdende delicten.

66. *Commentary* 1973, 431 en 432; zie ook de inleidende opmerkingen bij art. 36 en bij het tweede lid, resp. op pagina 426 en 430.

Artikel 36 tweede lid onder a (i) is bedoeld voor het creëren van territoriale rechtsmacht. Juist België, dat reeds een ruime rechtsmachtregeling kent, heeft die bepaling dus niet nodig. De enige reden om toch naar dit artikel te verwijzen is erin gelegen dat de letterlijke tekst van de bepaling precies aansluit bij de bestaande aloude opvatting over de toepassing van artikel 13 VTSv. Tot zover verandert er niet veel.

Ne bis in idem – internationaal

Intussen is de internationale werking van *het ne bis in idem*-beginsel zich aan het ontwikkelen. In Europa bestaan inmiddels in drie verschillende gremia *ne bis in idem*-bepalingen met internationale werking. Allereerst zijn er de rechtshulpverdragen die tot stand kwamen in het kader van de Raad van Europa (zie noot 28). Dan is in het kader van de Europese Politieke Samenwerking een EG-verdrag tot stand gekomen ‘inzake de toepassing van het beginsel *ne bis in idem*’ (1987). Ten slotte is er de in de inleiding genoemde bepaling in de Schengenuitvoeringsovereenkomst van 1990.

Ook mondiaal wordt aan de uitbreiding van de *ne bis in idem*-regel gewerkt. Op het congres van de Association Internationale de Droit Pénal is op 10 september 1999 een resolutie aangenomen om de *ne bis in idem*-regel in artikel 14 zevende lid BUPO-Verdrag een internationale dan wel transnationale betekenis te geven.⁶⁷ Kortom, een mondiale erkenning van de grensoverschrijdende negatieve werking van strafvonnissen is in opmars.

Nu is daarmee niet gezegd dat al deze regelingen een bepaalde invulling van het *idem* kennen. Die invulling lijkt opzettelijk nog in het midden te zijn gelaten. De authentieke teksten in de verschillende talen van de lidstaten van de Schengenuitvoeringsovereenkomst laten echter weinig ruimte voor twijfel welke benadering, de feitelijke of de juridische, door de Schengenpartners gekozen is. De gebruikte terminologie (in het Duits “Tat”, in het Frans “faits” en in het Nederlands “feiten”) duidt op een feitelijke benadering.⁶⁸

De meest recente mondiale ontwikkelingen met betrekking tot de gedachtevorming over het feitsbegrip zijn te vinden in de *ne bis in idem*-regeling in het Statuut van het International Criminal Court (ICC).⁶⁹ Dit internationale strafhof zal rechtsmacht hebben over de misdrijven die door de internationale gemeen-

67. XVIde internationale congres over strafrecht in Boedapest van 5 tot 11 september 1999, *Revue Internationale de Droit Pénal* 1999, 908: *The principle of ne bis in idem should be regarded as a human right that is also applicable on the international or transnational level. Consideration should be given to incorporating this principle in the ICCPR and in the regional human rights conventions. At the very least, a penalty which has been enforced abroad and which relates to the same conduct or the same offence that is subject to the second prosecution must be taken into account in the sentencing whenever a new penalty is imposed ('deduction principle').*

68. Aldus ook B. SPECHT, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, 1999, 129 e.v. C. VAN DEN WYNGAERT en G. STESENS, o.c., 790 wijzen in dit verband op de Engelse tekst waarin de term *offence* wordt gebruikt, waarin een juridische aanduiding zou kunnen worden gelezen. Deze tekst is echter niet authentiek.

69. *Statute of the International Criminal Court*, Rome 17 juli 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9 corrected by the procès-verbaux of 10 November 1998 and 12 July 1999, <http://www.un.org/law/icc/>

schap als het meest verwerpelijk worden beschouwd.⁷⁰ De *ne bis in idem*-regeling in het Statuut vindt haar oorsprong in de opvattingen van de International Law Commission, die in 1994 in haar commentaar bij het ontwerp voor een internationaal strafhof had opgemerkt dat “*een grotere bescherming tegen dubbele vervolging vereist is dan die welke artikel 14 lid 7 van het Verdrag geeft, nu die bepaling beperkt is tot nationaal recht*”.⁷¹ Deze ruimere opvatting is overgenomen in het Statuut dat op 17 juli 1998 in Rome door 120 landen werd aanvaard.⁷² De internationale *ne bis in idem*-regeling staat in artikel 20 tweede en derde lid van het Statuut. De Staten mogen de berechting van een misdrijf (*crime*)⁷³ dat is berecht door het ICC niet overdoen; het Internationaal strafhof mag de gedraging (*conduct*)⁷⁴ die reeds berecht is niet nogmaals berechten. Het feitsbegrip in beide artikelliden is derhalve verschillend omschreven. Dat is geen toeval. Het onderscheid tussen beide bepalingen is een uitvloeisel van de beperkte rechtsmacht van het ICC. Dit kan immers alleen de *crimes* opgesomd in het Statuut berechten. Wanneer het Hof zou vaststellen dat het bewezen verklaarde feit geen volkenrechtelijk misdrijf is in de zin van het Statuut, moet het vrijspreken. Bij feitelijke invulling van het *ne bis in idem*-beginsel zou de dader daarna niet meer vervolgd mogen worden voor de deelhandelingen van de niet-bewezen *crime*, die wel bewezen konden worden (denk aan moord meermalen gepleegd, niet opleverend genocide). Andersom echter, bij eerdere berechting door een staat – die immers in de uitoefening van zijn rechtsmacht niet op die wijze beperkt wordt door de omschrijving van het delict – dient het beginsel een feitelijke inhoud te krijgen, beslissend is dan of sprake is van hetzelfde *conduct*. Bij deze mondiale ontwikkeling zouden de lidstaten van de Schengenuitvoeringsovereenkomst kunnen aansluiten. Het gaat immers niet om de gewone (drugs)criminaliteit anders te behandelen dan de volkenrechtelijke misdrijven. Dat betekent dat aan de internationale *ne bis in idem*-regel een feitelijk feitsbegrip ten grondslag zou moeten liggen. De staten zijn immers anders dan het ICC niet beperkt in de uitoefening van hun rechtsmacht.

→
statute/romefra.htm. Zie o.a.: H.A.M. VON HEBEL, J.G. LAMMERS en J. SCHOKKING (red.), *Reflections on the International Criminal Court* (Bos-bundel), Den Haag, T.M.C. Asser Press, 1999.

70. Daartoe worden drugsdelicten niet gerekend; zie de opsomming van de misdrijven in artt. 5-8 *Statute*.

71. *Report of the international law commission on the work of its forty-sixth session (A/49/355)*, United Nations, General Assembly, 1 september 1994, 117.

72. Op 31 december 2000 hebben 139 landen het verdrag inmiddels ondertekend en 27 van de voor inwerkingtreding benodigde 60 landen het verdrag geratificeerd.

73. Art. 20 tweede lid; het spreekt over: *a crime referred to in article 5*. In artikel 5 worden de misdrijven waarover het Hof jurisdictie zal hebben als zodanig – zonder nadere invulling – opgesomd.

74. Art. 20 derde lid; het spreekt over: *conduct also prescribed under article 6, 7 or 8*. In de artikelen 6, 7 en 8 worden de verschillende *acts* omschreven waaruit een *crime* als bedoeld in artikel 5 moet bestaan.

De Schengenuitvoeringsovereenkomst

Ik kom nu toe aan de bespreking van de overwegingen in het arrest van het Hof dat het artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst⁷⁵ buiten toepassing laat en aan (zijn interpretatie van) de VN-drugsverdragen de voorrang geeft.

De Schengenuitvoeringsovereenkomst geeft, zoals de naam al zegt, uitvoering aan een eerdere overeenkomst, namelijk het tussen België, Nederland, Luxemburg, Duitsland en Frankrijk op 14 juni 1985 te Schengen gesloten Akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen. Het doel van het Akkoord is het creëren van een ruimte zonder binnengrenzen waarin onderdanen van de Schengenlanden en de vreemdelingen die daarin zijn toegelaten vrij kunnen rondreizen. De Uitvoeringsovereenkomst dient er o.a. toe compenserende maatregelen te treffen ter bestrijding van de in deze vrije ruimte te verwachten grensoverschrijdende criminaliteit. Zo zijn afspraken gemaakt ter aanvulling van de reeds bestaande rechtshulpbetrekkingen teneinde een nog hechtere en daardoor efficiëntere strafrechtelijke samenwerking tot stand te brengen. Artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst moet enerzijds worden gezien als een onderstreping van die samenwerking en anderzijds als een tegenwicht tegen de ontstane grotere kans op dubbele vervolging.⁷⁶ Door zich te binden aan dit verdrag geven de staten iets van hun soevereiniteit prijs. België heeft het Verdrag op 31 maart 1993 goedgekeurd⁷⁷ en het verdrag is op 26 maart 1995 volledig in werking gesteld.⁷⁸

In de Ministeriële Omzendbrief van 1995⁷⁹ wordt de inperking van de soevereiniteit van België, die het gevolg is van de inwerkingtreding van dit artikel, gesignaleerd. De justitiële autoriteiten worden erop opmerkzaam gemaakt dat de bepalingen van artikel 54 “op diverse punten veel ruimer” zijn dan die van artikel 13 VTSv: “er wordt voortaan geen gelijkheid van juridische kwalificaties vereist maar wel gelijkheid van feiten; de bepalingen zijn ook toepasselijk op vonnissen in het buitenland uitgesproken naar aanleiding van feiten die op Belgisch grondgebied zijn gepleegd.” De Omzendbrief gaat dus uit van een feitelijk in te vullen ‘feitsbegrip’. Daarmee wordt – althans voor België – duidelijkheid geschapen. Vervolgens wordt echter opgemerkt: “dat deze nieuwe bepaling over het principe *ne bis in idem* geen afbreuk doet aan (mijn curs. wvh) de toepassing van artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag van New York dat in paragraaf 2(a)(i) voorziet dat elk van de strafbare feiten bedoeld in dat verdrag ‘worden beschouwd als afzonderlijke strafbare feiten indien deze in verschillende landen zijn begaan’”.

75. De Nederlandse authentieke tekst van art. 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst luidt: “Een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een Overeenkomstsluitende Partij is berecht, kan door een andere Overeenkomstsluitende Partij niet worden vervolgd terzake van dezelfde feiten, op voorwaarde dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende Overeenkomstsluitende Partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden.”

76. B. SPECHT, o.c., 144 e.v., i.h.b. 148.

77. *Trb.* 1993, 115. (Wet 18 maart 1993, B.S. 15 oktober 1993).

78. *Trb.* 1995, 75. Behalve de genoemde landen zijn toegetreden: Spanje, Portugal, Griekenland, Oostenrijk en Italië.

79. Brief van 24 april 1995, B.S. 2 juni 1995, 15762 e.v.

Ook het Hof van Cassatie blijft in zijn arrest van 29 juni 1999 trouw aan deze interpretatie. Het stelt artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst ter zijde door erop te wijzen dat artikel 71 van deze Overeenkomst stipuleert, dat met betrekking tot de handel in verdovende middelen de bestaande mondiale verdragen in acht worden genomen.⁸⁰ Bezien wij de beide artikelen in hun context, dan zien we dat zij staan in dezelfde titel III, geheten Politie en Veiligheid. Artikel 54 is de eerste bepaling van hoofdstuk 3: “Toepassing van het beginsel *ne bis in idem*” en artikel 71 staat als tweede bepaling in hoofdstuk 6 “Verdovende middelen”. Op het beginsel van artikel 54 kunnen bij toetreding tot het verdrag door de lidstaten de – limitatief opgesomde – uitzonderingen worden gemaakt genoemd in artikel 55. Grensoverschrijdende drugsdelicten worden daar als zodanig niet genoemd. Bij het ontbreken van een dergelijke uitzonderingsmogelijkheid zou ik denken dat het *beginsel* niet opzijgezet kan worden door een verwijzingsbepaling in het hoofdstuk “Verdovende middelen”. Maar de stap die het Hof maakt gaat veel verder dan dit oordeel over de onderlinge verhouding van beide artikelen. Het koppelt daaraan de door hemzelf gegeven uitleg van de drugsverdragen, waarop, zoals boven uiteengezet, veel valt af te dingen. Die uitleg wordt nog onaannemelijker wanneer men bedenkt dat in artikel 73 eerste lid van dezelfde titel in de Schengenuitvoeringsovereenkomst de gecontroleerde aflevering van verdovende middelen wordt gereguleerd⁸¹ en dat die bepaling weer gelezen moet worden in verband met de grensoverschrijdende politieke en justitiële samenwerking in de hoofdstukken 1 en 2 van dezelfde titel. Het kan toch niet de bedoeling zijn dat een internationaal drugstransport eerst door de politiediensten aan elkaar wordt doorgegeven, vervolgens onder het toezicht van justitie wordt doorgelaten om daarna tweemaal te worden berecht? De uitleg die het Hof aan artikel 71 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst geeft ligt derhalve in het geheel niet voor de hand.

De mogelijke voorbehouden bij artikel 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst

Daar komt nog het volgende bij. Indien de Belgische regering zich het recht had willen voorbehouden om de misdrijven die op haar grondgebied zijn gepleegd, te vervolgen en te berechten ondanks een eerdere afdoening in het buitenland, dan had zij zich dat recht kunnen voorbehouden door daartoe een verklaring af te leggen bij de bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van het Verdrag.⁸² Het zou daarmee tot uitdrukking hebben gebracht vast te willen houden aan zijn geldend recht. Indien België dit voorbehoud zou hebben gemaakt zou dat in dit geval echter niet het gewenste gevolg hebben gehad. De Schengenpartners hebben de *ne bis in idem*-bepaling namelijk absolute werking gegeven als het gaat

80. Behalve de twee genoemde verdragen is dat ook nog van het VN-Verdrag tegen de sluikehandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, Wenen, 1988. Dit derde verdrag bevat overigens geen met artikel 36 lid 2 onder a (i) vergelijkbare bepaling; zie artikel 4 dat over rechtsmacht gaat.

81. Dit is ook gebeurd in het jongste VN-drugsverdrag, Wenen, 1988, (noot hiervoor) artt. 1-g en 11.

82. Art. 55 eerste lid Schengenuitvoeringsovereenkomst.

om feiten die zich op het grondgebied van twee (of meer) lidstaten hebben voorgedaan en één daarvan het feit reeds onherroepelijk heeft berecht (art. 55 eerste lid a). Daarvan is *in casu* sprake. Maar zelfs indien België een voorbehoud zou hebben gemaakt en bovenstaande regel niet van toepassing zou zijn (het feit is dan niet in Nederland gepleegd maar wel door Nederland berecht), zou de Belgische rechter nog niet geheel voorbij kunnen gaan aan het Nederlandse vonnis. Artikel 56 schrijft immers voor dat in dat geval verrekening met dat deel van de reeds voor die feiten opgelegde vrijheidsstraf dient plaats te vinden dat reeds is ondergaan.

België heeft echter geen voorbehoud gemaakt. Het heeft, anders dan Duitsland, geen verklaring in deze zin afgelegd.⁸³ Daaruit kan worden afgeleid – en dit valt ook uit de Omzendbrief af te leiden – dat de wil van de wetgever anno 1993 genuanceerder is dan in 1878 en hij thans, als het gaat om zijn relatie met Schengenstaten, wel een ruimere toepassing wil geven aan het *ne bis in idem*-beginsel dan artikel 13 VTSv zou toelaten. Een uitzonderingspositie voor grensoverschrijdende drugshandel past daarin niet.⁸⁴ Het past niet binnen de context van de Schengenuitvoeringsovereenkomst en ook niet binnen de ontwikkelingen op mondiaal niveau om aan dit soort misdrijven voor wat betreft de toepassing van de *ne bis in idem*-regel een uitzonderingspositie toe te kennen door voor die misdrijven een juridisch feitsbegrip te hanteren.

Samengevat acht ik de verwijzing naar artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag en de interpretatie van artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst juridisch gezien niet overtuigend. Bovendien kan op basis van het onbenut laten van de in de Schengenuitvoeringsovereenkomst geboden mogelijkheid een voorbehoud te maken de wil van de wetgever met betrekking tot de vervolging van grensoverschrijdende drugscriminaliteit nu anders worden geïnterpreteerd dan voorheen, namelijk dat een vreemd vonnis ook dan aan een berechting in de weg staat wanneer een deel van de gedraging zich op Belgisch grondgebied heeft voorgedaan. Het beschermingsbeginsel waarop het Hof zich beroept is niet meer aan de orde. België heeft daarvan vrijwillig afstand gedaan. Thans is sprake van solidariteit. Aan deze opvatting staan de mondiale drugsverdragen niet in de weg. Integendeel, deze interpretatie zou meer recht doen aan deze verdragen en aan het groeiend internationaal verlangen om internationale werking aan het *ne bis in idem*-beginsel toe te kennen. Dat deze gepaard moet gaan met een feitelijke invulling van het feitsbegrip volgt uit de authentieke teksten van de Schengenuitvoeringsovereenkomst en het doel en voorwerp van dat verdrag. De tweede vervolging had in dit geval tot niet-ontvankelijkheid van het OM moeten leiden.

83. Wel heeft België in verband met het bepaalde in artikel 60 verklaringen afgelegd bij het Europees uitleveringsverdrag, zie *Trb.* 1994, 39, waarin ook de Duitse verklaring bij artikel 54 is opgenomen.

84. Aldus ook C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 614, 615 en de Corr. Eupen, 3 april 1996, *R.D.P.* 1996, 1159.

Naar een uniform internationaal feitsbegrip?

VAN DEN WYNGAERT en STESSENS hebben ervoor gewaarschuwd dat een feitelijke invulling van het feitsbegrip in een *ne bis in idem*-regel met internationale werking een te hoog gegrepen doel is. Zij wijzen er daarbij op dat aan de coördinatie van een vervolging binnen één land eisen kunnen worden gesteld die niet kunnen worden gesteld bij internationale samenwerking.⁸⁵ Zo kunnen in een nationaal proces de verschillende strafbare feiten gevoegd ten laste worden gelegd. Het is echter niet mogelijk, zo betogen zij, de overtredingen van het vreemde recht te voegen. Ik denk dat wij per verdrag naar de meest redelijke oplossing moeten zoeken.⁸⁶ In dit geval ligt een feitelijke uitleg, gelet op de beoogde samenwerking tussen de deelnemende landen, het meest in de rede. Voorts wijs ik erop dat met het oog op het hier gesignaleerde probleem in het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging van 1972 reeds een internationale samenlooptitel is opgenomen. Die regeling zal bijvoorbeeld bij de invulling van het feitsbegrip in de *ne bis in idem*-regeling in artikel 35 van dat verdrag in aanmerking moeten worden genomen.

De door beide schrijvers als alternatief voorgestelde verrekening van de straffen kan in andere gevallen uitkomst bieden, mits daarbij een feitelijke uitleg van het feitsbegrip wordt toegepast. In het onderhavige geval overwoog het Belgische Hof echter “dat deze afzonderlijke vervolging niet dezelfde feiten betreft, en reeds daarom de ondergane periode van vrijheidsbeneming niet in rekening wordt gebracht”. Er vond dus zelfs geen verrekening plaats.

Slot

Tot nog ging het in dit soort zaken om uitleg van Belgisch nationaal recht. De uitleg die het Hof daarbij aan de drugsverdragen gaf, was onderdeel van het nationale recht. Thans is de uitleg van artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst aan de orde en raakt die uitleg de andere verdragspartijen rechtstreeks. Het Belgische standpunt acht ik niet goed verdedigbaar. Het zou naar mijn mening aan een bovenstatelijk oordeel onderworpen moeten worden. Nu wreekt zich echter het ontbreken van een gemeenschappelijke autoriteit die unificerend kan rechtspreken. De kwestie zou aan het Uitvoerend Comité kunnen worden voorgedragen. Dat kan echter geen bindende beslissing nemen. Ook zal het nog lang duren voordat er binnen het raamwerk van het Verdrag van Amsterdam tot een uniforme uitleg kan worden gekomen. De Schengenpartners zullen deze kwestie voorsnog intergouvernementeel op de agenda moeten zetten.

85. C. VAN DEN WYNGAERT en G. STESSENS, *o.c.*, 792.

86. Over de verschillende interpretatiemethoden met betrekking tot het feitsbegrip in artikel 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst zie W.F. VAN HATTUM, ‘Gecontroleerde doorvoer en ongecontroleerde berechting. Over de mogelijke benaderingen van de *ne bis in idem*-regel door de Schengenstaten en de noodzaak tot uniformering’, *N.J.* 2001, 347-349.